

E I N Z E L P R O B L E M E
bei der
vertikalen Preisbindung (§ 16 GWB)

Preisbindung gewerblicher Leistungen; Preisbindung für Fertigerzeugnisse
durch den Hersteller des Halbfabrikats; Preiswettbewerb; Bindung von
Preisgrenzen; Ausschluß von Barzahlungsrabatten; Preisspaltung; Lücken-
haftigkeit des Preisbindungssystems

I N A U G U R A L - D I S S E R T A T I O N

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staats-
wissenschaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Kurt Kosiek
aus Herford / Westfalen

Druck und Schreibsatz: Andreas Funke, Offsetdruck,
Göttingen, Paulinerstraße 13

E I N Z E L P R O B L E M E

bei der

vertikalen Preisbindung (§ 16 GWB)

Preisbindung gewerblicher Leistungen; Preisbindung für Fertigerzeugnisse durch den Hersteller des Halbfabrikats; Preiswettbewerb; Bindung von Preisgrenzen; Ausschluß von Barzahlungsrabatten; Preisspaltung; Lückenhaftigkeit des Preisbindungssystems

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staats-
wissenschaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Kurt Kosiek

aus Herford / Westfalen

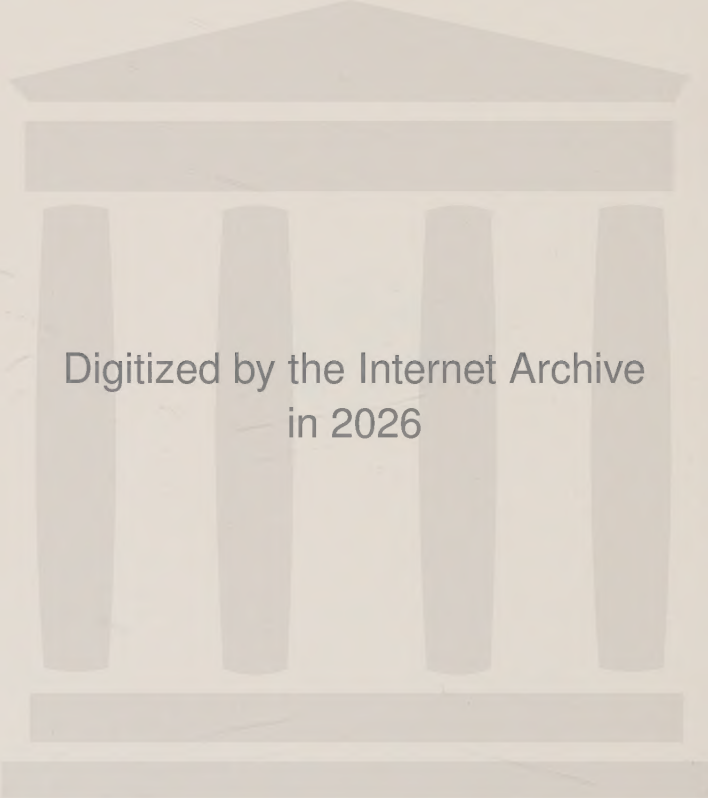


- | | |
|----------------------|---------------------------|
| 1. Berichterstatter: | Professor Dr. Dr. Lukes |
| 2. Berichterstatter: | Professor Dr. Fikentscher |

Dekan:	Professor Dr. Dr. Lukes
--------	-------------------------

Tag der mündlichen Prüfung: 20. Januar 1962

Meinen lieben Eltern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555417_0020

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis

Abkürzungen

A. Einleitung

§ 1: Wesen und Arten der vP und ihre geschichtliche Entwicklung in Deutschland	1
I. Wesen der vertikalen Preisbindung	1
1. Begriff der vertikalen Preisbindung	1
2. Abgrenzung der vP von der horizontalen Bindung	2
3. Abgrenzung der vP von Vertriebs- und Konditionenbindungen	3
4. Abgrenzung der vP von der vertikalen Preisempfehlung	4
II. Formen der vertikalen Preisbindung	5
1. Bindung der nächsten Wirtschaftsstufe	5
2. Durchlaufende Bindung	6
3. Bindung der übernächsten Stufe	6
III. Geschichtliche Entwicklung	7
1. vor 1930	7
2. von 1930 bis 1945	7
3. von 1945 bis zum Inkrafttreten des GWB	7
4. unter dem GWB vom 27. Juni 1957	8

B. Erster Hauptteil: Probleme, die sich aus dem Tatbestand des § 16 Abs. I und II GWB ergeben

§ 2: Preisbindung gewerblicher Leistungen	10
I. Problemstellung	10
II. Direkte Anwendung des § 16 GWB	12

1. Bedenken aus dem Wortlaut des § 16 GWB	12
a) Tatabstandsmerkmal "Ware"	12
b) Tatbestandsmerkmal "gleichbleibende Güte"	13
c) Kritik am Auslegungsversuch Leys	13
2. Bedenken aus der Entstehungsgeschichte des § 16	15
3. Ergebnis	15
III. Analoge Anwendung des § 16 GWB	15
1. Formelle Voraussetzungen der Analogie	16
2. Materielle Voraussetzungen der Analogie	17
a) Gleichheit des Normzwecks	18
b) Gleichheit der Interessenlagen	20
aa) Interessen der preisbindenden Stufe	21
bb) Interessen der gebundenen Stufe	28
cc) Interessen der Endverbraucherstufe	31
dd) Vergleich der Interessenlagen	32
IV. Ergebnis der Untersuchung in § 2	33
§ 3: Preisbindung für Fertigerzeugnisse durch den Hersteller von Teilstücken oder Halbfabrikaten	35
I. Problemstellung	35
II. Stellungnahme von Rechtsprechung und Rechtslehre	36
1. Die vP ablehnende Meinungen	36
a) die Ansicht des Bundesgerichtshofs	36
b) Die Ansicht der Kartellreferenten	37
2. Die vP bejahende Meinungen	37
a) Die Ansicht von Schwartz	37
b) Die Ansicht von Hefermehl	37
c) Die Ansicht des Bundeskartellamts	38
III. Eigene Stellungnahme	38
1. Fertigerzeugnis als Markenware des Preisbinders	38
a) Herkunftsbezeichnendes Merkmal	39
b) Garantie gleichbleibender Güte	45
c) Bedeutung der Eigentumsverhältnisse	48

	Seite
2. Teilweise Bindung gewerblicher Leistungen als Verstoß gegen § 15 GWB	50
IV. Ergebnis der Untersuchung in § 3	55
§ 4: Preiswettbewerb bei Preisgleichheit gleichartiger Waren	56
I. Problemstellung	56
II. Der Begriff der Gleichartigkeit i. S. des § 16 GWB	58
1. Gleichartigkeit im GWB und WZG	58
2. Stellungnahme der Literatur	59
3. Eigene Stellungnahme	61
a) Gleichartigkeit von Waren bei "wesentlicher Gleichheit ihrer Eigenschaften und Verwen- dungszwecke"	61
b) Gleichartigkeit bei erheblichen Preisunter- schieden	62
c) Gleichartigkeit von Waren in "Substitutions- konkurrenz"	64
d) Brauchbare Gesichtspunkte für die Bestimmung der Gleichartigkeit i. S. des § 16 GWB	67
III. Preiswettbewerb i. S. des § 16 GWB	69
1. Allgemeine Bemerkungen zum Begriff des Preis- wettbewerbs	70
2. Untersuchung einzelner Modellfälle	74
a) Preiswettbewerb zwischen preisgleichen Waren und Waren mit unterschiedlichen Preisen	74
b) Preiswettbewerb zwischen preisgleichen Waren, die sich in der Qualität unterscheiden	78
c) Preiswettbewerb bei Quantitätsunterschieden	79
d) Preiswettbewerb beim Vorliegen von Neben- leistungswettbewerb	79
e) Preiswettbewerb zwischen preisgleichen Waren ohne besondere Unterschiede	81
IV. Ergebnis der Untersuchung in § 4	88

§ 5: Vertikale Bindung von Preisgrenzen	90
I. Problemstellung	90
II. Stellungnahme der Rechtslehre	91
1. Bejahende Meinungen	91
2. Verneinende Meinungen	91
III. Eigene Stellungnahme	92
1. Brauchbarkeit des "Argumentum a maiore ad minus"	92
2. Kritik der verneinenden Meinung	
a) Wortlaut des § 16 GWB	92
b) Entstehungsgeschichte des § 16 GWB	93
c) "Zweck" des § 16 GWB	94
d) Vergleich des § 16 GWB mit älteren Gesetzen	95
3. Problemlösung	96
IV. Ergebnis der Untersuchung in § 5	101
 C. <u>Zweiter Hauptteil</u> : Probleme, die sich aus Form und Umfang der vertikalen Preisbindung im Hinblick auf § 17 GWB ergeben	
§ 6: Die Behandlung der Barzahlungsrabatte im Rahmen einer vertikalen Preisbindung	102
I. Problemstellung	102
II. Stellungnahme der Literatur	104
1. Unterscheidung zwischen Barzahlungsrabatt und Rabatten i. e. S.	104
2. Behandlung des Barzahlungsrabatts	105
a) Barzahlungsrabatt nach § 15 GWB nicht zu binden	105
b) Barzahlungsrabatt nach § 16 GWB zu binden	106
c) Barzahlungsrabatt je nach seiner Wesensart zu binden oder nicht bindbar	107
d) Ansicht des Bundeskartellamts	107

III. Eigene Stellungnahme zum Wesen des Barzahlungsrabatts	109
1. Barzahlungsrabatt als Skonto und Zahlungsbedingung	110
a) Verhältnis von Skonto und Zahlungsbedingung in § 2 Abs. I GWB	110
b) Begriff des Skontos in § 2 GWB	111
c) Barzahlungsrabatt als Skonto i. S. des § 2 GWB	112
aa) Barrabatt durch sofortigen Preisabzug	112
bb) Barzahlungsrabatt durch Rabattmarken	114
cc) Barzahlungsrabatt beim Anschreibekauf	115
dd) Barzahlungsrabatt für rechtzeitige Zahlung	117
ee) Zusammenfassung	117
2. Barzahlungsrabatt als Geschäftsbedingung	118
IV. Eigene Stellungnahme zur Bindungsfähigkeit des Barzahlungsrabatts nach § 16 GWB	121
1. Unbrauchbarkeit der Unterscheidung zwischen Geschäftsbedingung und Preisbestandteil	121
2. Erhaltung des "bestimmten Preises" als Merkmal für die Zulässigkeit einer vertikalen Preisbindung	123
3. Erhaltung des bestimmten Preises bei Gewährung von Barzahlungsrabatt	130
4. Verhältnis von § 16 GWB zu den §§ 2-4 RabG	138
V. Ergebnis der Untersuchung in § 6	141
§ 7: Die Behandlung der Preisspaltung im Rahmen einer vP	142
I. Problemstellung	142
II. Preisspaltung beim Verkauf von Markenartikeln zu unterschiedlichen Preisen	144
1. Formen der Preisspaltung	144
2. Preisspaltung als Verstoß gegen § 16 GWB	145
3. Beanstandung der vP wegen gespaltener Preise gemäß § 17 Abs. I, Ziff. 2 und Ziff. 3 GWB	147

a) Preisspaltung bei Zonenpreisen	148
b) Regionale Preisspaltung wegen örtlich ver- schiedener Kosten	150
c) Regionale Preisspaltung wegen örtlich begrenz- ter billiger Konkurrenz	151
d) Preisspaltung je nach Lage der Konkurrenz- Vertriebsstätten	154
III. Preisspaltung beim zweigleisigen Vertrieb von Mar- kenartikeln mit und ohne Marke	157
1. Darstellung der zweispurigen Verkaufsmethode	157
2. Stellungnahme der Literatur	157
3. Eigene Stellungnahme	159
a) Beanstandung nach § 17 Abs. I, Ziff. 3 GWB	159
b) Beanstandung nach § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB	161
IV. Ergebnis der Untersuchung in § 7	167
§ 8: Die bewußt lückenhaft gehaltene vP	169
I. Problemstellung	169
II. Der Begriff der Lücke im Recht der vP	170
III. Kartellrechtliche Behandlung einer bewußt lücken- haft gehaltenen vP	175
1. Lückenlosigkeit als Zulässigkeitsvoraussetzung der vP nach § 16 GWB	175
2. Stellungnahme der Rechtslehre zur Beurteilung der bewußt lückenhaft gehaltenen vP nach § 17 GWB	179
3. Eigene Stellungnahme	180
a) Beanstandung einer lückenhaft eingeführten vP	182
b) Beanstandung einer lückenhaft <u>durch</u> geführten vP	187
c) Beanstandung der lückenhaften vP beim zwei- gleisigen Vertrieb von Markenartikeln	189
IV. Ergebnis der Untersuchung in § 8	195
Lebenslauf des Verfassers	196

LITERATURVERZEICHNIS

- | | |
|-----------------------|--|
| BARTOSCH, Paul | Die Preisbindung bei Markenartikeln nach
deutschem Recht.
Diss.jur. Berlin 1942 |
| BAUMANN, Jürgen | Der strafrechtliche Schutz bei den Siche-
rungsrechten des modernen Wirtschaftsver-
kehrs. Berlin 1956 |
| BAUMBACH-HEFERMEHL | Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht,
8. Auflage, München und Berlin 1960 |
| BECHER, Hans | Die wirtschaftliche Preisbindung.
in BB 1958, S. 430-431 |
| BECKER, Helmut | Sind im Rahmen des § 16 GWB Höchst-und
Mindestpreisbindungen zulässig ?
in WRP 1960, S.206-207 |
| BEHRENDTS, Klaus | Markenartikel und Preisbindung zweiter
Hand in der Marktwirtschaft.
Diss.jur. Freiburg 1956 |
| BENISCH, Walter | Zur Rechtslage der vertikalen Preisempfeh-
lungen.
in WuW 1959, S.3-15 |
| BOIE, Dieter | Vertikale Preis- und Spannenbindungen,
ihre Ursachen und ihre marktpolitischen
Wirkungen.
Diss.jur. Mannheim 1958 |
| BORCHARDT-FIKENTSCHER | Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung,
Marktbeherrschung. Stuttgart 1957 |
| BORMANN, H.H. | Barzahlungsrabatt und Markenartikel.
in MA 1954, S. 812-819 |

- | | |
|---------------------|--|
| BRANDT, Karl | Wesensunterschiede zwischen horizontaler und vertikaler Preisbindung.
in MA 1955, S. 181-185 |
| BÜNTIG, Heinz | Preisbindung des Einzelhandels durch Hersteller von Markenartikeln?
in BB 1955, S. 1114-1115 |
| BÜNTIG, Heinz | Kartellersatz durch vertikale Preisbindung?
in WuW 1957, S. 143-165 |
| CHRISTL, Artur | Mißbrauch der Preisbindung durch Preis-spaltung.
in BB 1960, S. 297-302 |
| DÖRINKEL, Wolfram | Die Bindung von Preisen und Geschäftsbedingungen bei Markenwaren.
in WuW 1953, S. 663-666 |
| DROSTE, Hans | Die Regelung der vertikalen Preisbindung im neuen Kartellgesetz.
in Betrieb 1958, S. 99-102 |
| DÜRINGER-HACHENBURG | Das Handelsgesetzbuch.
IV. Band, §§ 355-367 bearbeitet von Breit 3. Auflage, Mannheim-Berlin-Leipzig 1932 |
| DÜRRHAMMER, W. | Der Skonto.
in Der praktische Betriebswirt 1942, S. 302-308 |
| ENGISCH, Karl | Einführung in das juristische Denken.
Stuttgart 1956 |

ENNECCERUS-NIPPERDEY	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Band: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Halbband 1: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte. 15. Auflage, Tübingen 1959
EWALD, Heinz	Kartellrechtlich unzulässige Lieferungs- bedingungen der Zeitschriftenverlage. in MA 1954, S. 108-113
FIKENTSCHER, Wolfgang	Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz. München und Berlin 1958
FIKENTSCHER, Wolfgang	Die vertikale Preiempfehlung München und Berlin 1960
FIKENTSCHER, Wolfgang	Neuere Entwicklung in der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbe- schränkung § 1 GWB in WuW 1961, S. 788-801
FISCHER, Curt	Laufende Kundendienst-Inspektionen bei Personenkraftwagen zu Festpreisen und das neue Wettbewerbsgesetz. in Betrieb 1958, S. 887-889
Frankfurter Kommentar	Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbs- beschränkungen. hrsgg. von Kaufmann, Rautmann u. a. Köln 1958
FRANZEN-BOECKLE	Das System der Preisbindungsreverse. in BB 1958, S. 101 - 106
GABRIEL, Siegfried	Zum Begriff des Preiswettbewerbs. in MA 1958, S. 717-724

- GLEISS, Alfred Ist die Bindung von Rabatten bei Markenartikeln zulässig?
in NJW 1953, S. 1456-1459
- GLEISS, Alfred Darf der Markenartikelhersteller die Skonti seiner Abnehmer binden?
in MA 1954, S. 411-412
- GLEISS, Alfred Vertikale Preisbindung durch zweistufige Unternehmen?
in WRP 1956, S. 65
- GLEISS, Alfred Wirtschaftliche Preisbindung im Schatten der rechtlichen?
in BB 1958, S. 609-611
- GLEISS-STEINER Einige technische Einzelfragen zur vertikalen Preisbindung.
in BB 1958, S. 281-282
- GODIN-HOTH Wettbewerbsrecht
Berlin 1957
- GOLD, Ernst-Adolf Die Preisbindung der 2. Hand unter besonderer Berücksichtigung der Kartellgerichtsentscheidungen und der Neugestaltung des deutschen Rechts.
Diss. jur. Köln 1936
- HUPPERT, Walter Die Preisbindung von Markenwaren im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
Berlin 1955
- KIRSCHSTEIN, Friedrich Rechtliche und wirtschaftliche Preisbindung einer Markenware nach § 16 GWB.
in WuW 1958, S. 527-529

- KIRSCHSTEIN, Friedrich Die Verstärkung der vertikalen Preisbindung durch zusätzliche Wettbewerbsbeschränkungen.
in WuW 1959, S. 235-243
- KRACHT, Friedrich Anmerkung zum Urteil des LG Köln vom 17.4.1958
- 20.0. (Kart) 10/58
in BB 1958, S. 465-467
- LANGEN, Eugen Kommentar zum Kartellgesetz
3. Auflage, Neuwied-Berlin-Darmstadt 1958
- LANZENBERGER, Fritz Wettbewerbsbeschränkungen in Vertikalverträgen und durch tatsächliches Verhalten (insbesondere Preisbindung, Diskriminierung und Boykott).
in GRUR 1958, S. 593-600
- LEHMANN, Heinrich Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches
12. Auflage, Berlin 1960
- LEY, Rolf Die Preisbindung für Inspektionen in der Automobilindustrie.
in Betrieb 1958, S. 594-595
- LINHARDT-STÖHR Zulässigkeit vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
in BB 1957, S. 1021-1024
- LÖFFLER-THÜMMEL Sind "gespaltene" Preise zulässig?
in BB 1957, S. 1094-1096
- LOOS, Gerold Empfehlungen von Wiederverkaufspreisen unter dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
in BB 1958, S. 176-178
- LUKES, Rudolf Der Kartellvertrag.
München und Berlin 1959
- LUTZ, Hans Warum feste Preise für Markenartikel?
München 1952

LUTZ, Hans	Zur Kritik am Markenartikel in MA 1954, S. 539-565
LUTZ, Hans	Vertikale Preisbindung löst Interessenkonflikte. in MA 1957, S. 377-386
LUTZ, Hans	Dürfen Wiederverkaufspreise durch ein Einzelunternehmen empfohlen werden? in NJW 1958, S. 128-130
Markenverband	Vertikale Preis- und Vertriebsbindungen im Kartellgesetz. in MA 1957, S. 425-451
MAYER-WEGELIN, Heinz	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Frankfurt/M. 1960
MELLEROWICZ, Konrad	Markenartikel. Die ökonomischen Gesetze ihrer Preisbildung und Preisbindung. München und Berlin 1955
MICHEL-WEBER-GRIES	Das Rabattgesetz. 2. Auflage, München und Berlin 1957
MÜLLENSIEFEN-DÖRINKEL	Kartellrecht. 3. Auflage, Berlin 1938
MÜLLER-ERZBACH, Rudolf	Deutsches Handelsrecht. 2. u. 3. Auflage, Tübingen 1928
MÜLLER-GRIES	Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Frankfurt/M. 1958
MÜLLER-GRIES	Barzahlungsrabattverbott in Preisbindungsverträgen. in WRP 1961, S. 176-179

MÜLLER-HENNEBERG - SCHWARTZ u.a.	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. (Gemeinschaftskommentar) Köln -Berlin 1958
PAUL, Willy	Die wirtschaftliche Preisbindung - ein Ersatz für die Preisempfehlung? in Betrieb 1958, S. 1149-1151
PAUL, Willy	Preisempfehlung und wirtschaftliche Preis- bindung. in Betrieb 1958, S. 1319-1323
RASCH, Harold	Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht. Kommentar 2. Auflage, Herne und Berlin 1959
REIMANN, Günter	Preisbindung und Rabattausschluß. in MA 1959, S. 31-32
REIMER, Eduard	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. 3. Auflage, Köln und Berlin 1954
RÖPER, Burckhardt	Die vertikale Preisbindung bei Markenartikeln. Tübingen 1955
RÖSING, Otto-Eckehard	Die Preisbindung der 2. Hand unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 13. Juni 1962. Diss. jur. Nürnberg 1954
ROHM, Horst-Wolfgang	Die vertikale Preisbindung, insbesondere ihre Behandlung im GWB vom 27. Juli 1957. Diss. jur. Würzburg 1959
SCHÄR, Felix-Fritz	Die Preisbindung der zweiten Hand Winterthur 1959
SPENGLER, Albrecht	Preisbindung und Barzahlungsrabatt. im MA 1954, S. 3-6

- SPENGLER, Albrecht Nochmals: Preisbindung und Barzahlungsrabatt.
in MA 1954, S. 405-411
- STAUB, Heinrich Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
III. Band, §§ 343-372 bearb. von Gadow 14. Auflage,
Berlin und Leipzig 1933
- STAUDINGER, Julius v. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
II. Band 2. Teil: Recht der Schuldverhältnisse,
§§ 433-534 bearbeitet von Ostler.
11. Auflage, Berlin 1955
- SUMMERER, Lothar Der kartell- und wettbewerblicher Tatbestand
der ungleichen Behandlung von Kunden (Diskriminierung).
in Betrieb 1958, S. 476 - 481
- VÖLP, Fromut Markenartikel und Kartellrecht.
in WR 1958, S. 1-9
- VÖLP, Fromut Die Lückenlosigkeit der Preisbindung für Marken-
artikel.
in WRP 1958, S. 353-363
- VÖLP, Fromut Skonti, Rabattmarken und Zugaben bei preisge-
bundenen Markenartikeln.
in WRP 1959, S. 7-13
- VÖLP, Fromut Bundeskartellamt beanstandet zweigleisigen Ver-
trieb von Markenartikeln.
in MA 1960, S. 47-51
- VÖLP, Fromut Das Verbot von Barzahlungsnachlässen und Zugaben
bei preisgebundenen Markenwaren
in MA 1960, S. 614-622
- ZONDLER, Paul Die Preisbindung der zweiten Hand.
Zürich 1938

Briefe und Entscheidungen des Bundeskartellamts, Gerichtsentscheidungen und Gesetzesmaterialien sind nur in den Fußnoten des Textes aufgeführt.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

BB	Betriebsberater
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKA	Bundeskartellamt
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksachen (Amtl. Sammlung)
BWM	Bundes wirtschaftsministerium
DR.-Anz.	Deutscher Reichs-Anzeiger
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 27.6.1957
JZ	Juristenzeitung
MA	Der Markenartikel
M-H-S	Gemeinschaftskommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, herausgegeben von Müller-Henneberg, Schwartz u.a.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RabG	Rabattgesetz = Gesetz gegen Preisnachlässe vom 25. November 1933
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VO	Verordnung(en)
vP	vertikale Preisbindung(en)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuWE	Entscheidungssammlung in der WuW
WuW/KRT	Ergebnisse der Arbeitstagungen der Kartellrechtsreferenten der Länder, abgedruckt in der Zeitschrift WuW
WZG	Warenzeichengesetz

§ 1 Wesen und Arten der vertikalen Preisbindung
und ihre geschichtliche Entwicklung in Deutsch-
land

1. In den §§ 15 - 17 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom 27.7. 1957 (BGBl. I, S. 1081) wird die vertikale Preisbindung (vP) gesetzlich geregelt. Für unsere Wirtschaft von besonderer Bedeutung ist § 16 GWB, der die vP für Markenwaren und Verlagszeugnisse für zulässig erklärt. Die vP ist bei Markenartikeln im heutigen Wirtschaftsaufbau eine weitverbreitete Einrichtung, deren sich fast jeder Hersteller von Markenwaren bedient.¹⁾

1) Die vP, häufig auch als Preisbindung der zweiten Hand bezeichnet,²⁾ besteht darin, daß der Hersteller einer Ware die Abnehmer seines Erzeugnisses vertraglich zur Einhaltung der von ihm festgesetzten Wiederverkaufspreise verpflichtet. Technisch wird diese Verpflichtung der Abnehmer auf zwei Arten erreicht: Entweder enthalten die Geschäfts- und Lieferbedingungen des Herstellers eine Bindungsklausel, die mit den gesamten Konditionen zum Bestandteil des Liefervertrages gemacht wird. Oder - und das ist der Regelfall - die Preisbindung wird in einem besonderen Verpflichtungsschein (Revers) zwischen preisbindendem Fabrikanten bzw. Händler und dem weiteren Abnehmer festgelegt.³⁾

1) Die "Westfälischen Nachrichten" (Verlag Aschendorff, Münster) meldeten am 11.1.1961 in ihrer Rubrik "Wirtschaftsspiegel" unter der Überschrift "Fast 100 Kartelle wirksam" aus Bonn u.a.: "Im Zeitraum vom 1.1.1953 bis 30.9.1960 haben 1097 Firmen 205 672 Preisbindungen für ihre Erzeugnisse - davon 97 447 Preisbindungen für Kraftfahrzeuersatzteile - beim BKA angemeldet. Dabei wird jede vP einer selbständigen Verkaufseinheit mit eigenem Preis besonders gezählt".

2) Weitere Bezeichnungen sind bei Röper, S.6 f zusammengestellt. Zur Problematik der Benennung nach Händen s. auch Schwartz in M-H-S, §16 Anm.10 und Zondler, S.7f.

3) Röper, S.83; Mellerowicz, S.54; Muster bei Rohm, S.111ff.

Der Preisbindungsvertrag wird in der Regel individuell zwischen Hersteller und jedem Abnehmer des preisgebundenen Artikels geschlossen. Seltener wählt die Praxis eine kollektive Preisbindung, wobei mit Hilfe von Sammelreserven ein Treuhandunternehmen für mehrere Preisbinder die Verträge schließt und ihre Einhaltung überwacht.⁴⁾

Diese zwischen dem Hersteller und seinen Abnehmern vereinbarte Preisbindung wird als vertikale bezeichnet, weil als Vertragspartner die Mitglieder verschiedener Wirtschaftsstufen (Fabrikant-Großhändler-Einzelhändler) beteiligt sind und bei der Darstellung des Wirtschaftsaufbaus die verschiedenen Vertriebsstufen herkömmlich in vertikaler Anordnung untereinander gruppiert werden. Dabei wird die vP auch dann für zulässig gehalten, wenn der Preisbinder ein mehrstufiges Unternehmen ist, also sowohl Produktion als auch Großhandel und Einzelhandel betreibt.⁵⁾

- 2) Daraus ergibt sich auch die Abgrenzung zur horizontalen Preisbindung. Von einer solchen spricht man dann, wenn Mitglieder derselben Wirtschaftsstufe (bildlich auf einer Ebene gleichgeordnet) die Preise für gleichartige Artikel einheitlich festlegen⁶⁾. Diese Art der Preisbindung fällt bereits unter den Begriff des Kartells. In der Praxis stehen nun vertikale und horizontale Preisbindung nicht scharf getrennt nebeneinander. Vielmehr trifft man häufig eine Verbindung der beiden Arten, die heteronome Preisbindung genannt wird, oder eine Verstärkung der vP durch horizontale Vereinbarungen an.⁷⁾ Diese Form der Wettbewerbsbe-

4) BKA in WuW 1959, S. 595; Frankfurter Komm., § 15 Anm. 13; Gold, § 9; Zondler, S. 13.

5) Schwartz in M-H-S, § 16 Anm. 15; Gleiß in WRP 1956, S. 65.

6) Brandt in MA 1955, S. 181; Boie, S. 3 ff.

7) a) Mehrere Hersteller verpflichten sich gegenseitig, eine vP einzuführen. - b) Mehrere Händler verpflichten sich gegenseitig, nur von Herstellern zu beziehen, die ihre Preise vertikal gebunden haben. -- c) Mehrere Hersteller mit mehreren Händlern (bzw. die betreffenden Verbände) vereinbaren, daß die beiderseitigen Mitglieder nur mit vP liefern bzw. beziehen. Diese Beispiele bringt Schwartz in M-H-S, § 16 Anm. 11; vgl. weiter BKA in WuW 1959, S. 595; BGH in BB 1958, S. 214; Kirschstein in WuW 1959, S. 240 f.

schränkungen muß ebenfalls zu den nach §§ 1 ff GWB zu beurteilenden kartellmäßigen Absprachen gerechnet werden.

Die §§ 15 ff GWB erfassen dagegen nur die reine vP. Diese kennzeichnet sich dadurch, daß auf horizontaler Ebene, d.h. innerhalb derselben Wirtschaftsstufe, keine wettbewerbsbeschränkenden Absprachen vorgenommen werden. Die Vertragspartner müssen unbeeinflußt von dritter Seite sich zur Einführung der vP entschlossen haben und auch den Inhalt und Umfang der Bindung autonom bestimmen.⁸⁾

- 3) Neben oder in Verbindung mit vP werden in der Praxis in vertikaler Richtung häufig vertriebs- und Konditionenbindungen vereinbart.

Bei der Vertriebs- oder Absatzbindung verpflichtet der Hersteller seine Abnehmer, die Ware in bestimmter Weise, z.B. nur an Fachgeschäfte oder nicht an ambulante Händler, weiterzuvertreiben.

Diese Bindungen lassen sich von Preisbindungen in der Regel scharf abgrenzen, weil die Vertriebsform kein Preiselement ist. Ihre Zulässigkeit ergibt sich aus § 18 GWB.

Schwierigkeiten bereitet dagegen die Unterscheidung von vP und Konditionenbindung. Das liegt daran, daß "Preise" und "Geschäftsbedingungen" keine festen, genau umrissenen Größen sind. Die Höhe des Preises wird häufig von der Art der Geschäftsbedingungen, z.B. von der Vereinbarung über die Frachtkosten, beeinflußt. Eine Abgrenzung zwischen Preis und Kondition hängt davon ab, ob man unter "Preis" nur das reine Entgelt versteht oder auch andere preisbildende Faktoren als Preisbestandteile ansieht.

Beispielsweise wird man die Verpflichtung des Abnehmers, die Haftung für Sachmängel nicht auszuschließen oder die Gefahrtragung in bestimmter Weise zu regeln, als reine Konditionenbindung ansehen. Sehr zweifelhaft ist der Charakter der Bin-

8) Büntig in WuW 1957, S. 143; Schwartz in M-H-S, § 16 Anm. 11; Röper in WuW 1957, S. 298.

derung dagegen, wenn z.B. der Hersteller verbietet Skonti, Rabatte oder Teilzahlungen ohne Aufschlag zu gewähren.

Bedeutsam wird die Unterscheidung von Preis- und Konditionenbindung im Hinblick auf die §§ 15, 16 GWB. Nur die vP ist im Rahmen des § 16 GWB erlaubt, die Bindung von Geschäftsbedingungen dagegen nach § 15 GWB nichtig.⁹⁾

- 4) Endlich spielen neben den vP die Preisempfehlungen eine große Rolle in der Praxis. Eine Preisempfehlung liegt vor, wenn der Abnehmer nicht vertraglich zur Einhaltung des Preises verpflichtet ist, sondern den ausdrücklich als unverbindlich bezeichneten Preis einhält, weil er sonst Nachteile seitens des Herstellers zu befürchten hat. Deshalb werden die Preisempfehlungen auch als faktische Bindungen bezeichnet.¹⁰⁾ Nach § 38 Abs. II GWB stellen Preisempfehlungen eine Ordnungswidrigkeit dar. In der Rechtslehre werden jedoch die vertikalen Preisempfehlungen vielfach mit der wirtschaftlichen Bindung in § 16 Abs. I GWB gleichgesetzt und für zulässig erklärt.¹¹⁾

-
- 9) In der Rechtslehre versucht man z. T. die Schwierigkeit der Abgrenzung zu umgehen, indem man die in ihrem Charakter zweifelhaften Bindungen zwar als Konditionenbindungen bezeichnet, aber die Zulässigkeit auch dieser Bindungen nach § 16 GWB bejaht. Als Begründung wird angeführt, daß sonst der Umgehung der vP Tür und Tor geöffnet wäre. -vgl. Frankfurter Komm., Anm. 60 zu § 15; Baumbach-Hefermehl, § 16, Anm. 38; Völp in WRP 1958, S. 1 ff(4); Markenverb. -Erl. in MA 1957, S. 425 ff. -Dadurch wird das Problem jedoch nur verschoben. Denn dann erhebt sich die Frage, wo die Grenze verläuft zwischen den Geschäftsbedingungen, die nach § 16 GWB bindungsfähig sein sollen und solchen, die mit dem Preis überhaupt nichts zu tun haben (Gerichtsstandsvereinbarungen) und auch nach dieser Meinung nicht gebunden werden dürfen.

- 10) Benisch in WuW 1959, S. 3 ff.

- 11) Becher in BB 1958, S. 430; Gleiß in BB 58, S. 609; Lutz in NJW 1958, S. 128; Paul in Betrieb 1958, S. 1149 u. S. 1321; Kracht in BB 1958, S. 466; Loos in BB 58, S. 176; Schwartz in M-H-S, § 16 Anm. 17.

Der Bundesgerichtshof ¹²⁾ hat unter Zustimmung eines Teils der Rechtslehre ¹³⁾ die Identität von Preisempfehlung und wirtschaftlicher Bindung aber verneint. Nach Ansicht des BGH ist wie bei der rechtlichen auch bei der wirtschaftlichen Bindung ein Vertrag nötig.

Jedoch hält es der Bundesgerichtshof für möglich, bindungsfähige vertikale Preisempfehlungen analog § 16 Abs. IV GWB anzumelden und damit vom Verbot des § 38 Abs. II GWB zu befreien. Daraufhin hat das BKA ab 10.5.1960 die Anmeldung von vertikalen Preisempfehlungen für zulässig erklärt. ¹⁴⁾ Damit ist in der Praxis der Streit über die Abgrenzung zwischen Preisbindung und -empfehlung bedeutungslos geworden.

- II. Bei der Ausgestaltung des Preisbindungssystems hat der Preisbin-
der verschiedene Formen zur Verfügung, die das Gesetz gestat-
tet und die in der Praxis auch alle zu beobachten sind. ¹⁵⁾
- 1) Als Grundform bietet sich die Preisbindung der nächsten Wirt-
schaftsstufe an. Diese reine vP der "zweiten Hand" liegt dann
vor, wenn der Hersteller nur die Abnehmer auf der Großhandels-
stufe oder bei Direktbelieferung des Kleinhandels nur die Klein-
händler zur Einhaltung der von ihm festgesetzten Preise verpflich-
tet.

12) BGHZ Bd. 28, S. 208 ff. Dazu Fikentscher, Preisempfehlung, S. 79 ff.

13) Benisch in WuW 59, S. 3 ff; Kirschstein in WuW 1958, S. 527; Lanzen-
berger in GRUR 1958, S. 593 ff (595); Baumbach-Hefermehl zu § 16
GWB, Anm. 41-43; Mayer-Wegelin, § 16 Anm. 6; Langen, § 16, Anm.
III, 3 bezeichnet die wirtschaftliche Bindung als Sinnlosigkeit; ihm
folgend Rohm, S. 89.

14) Verwaltungsgrundsätze des BKA in BB 1960, S. 500.

15) Eine Zusammenstellung der möglichen Formen bei Rasch, § 16
Anm. 6; Markenverb. Erl. in MA 1957, S. 425; Schwartz in M-H-S,
§ 16 Anm. 15; Langen, § 16, Anm. III, 8; Müller-Gries, § 16,
Anm. 28.

- 2) Die ausschließliche Bindung der Großhandelspreise stellt aber eine seltene Ausnahme dar.¹⁶⁾ In der Regel bedient sich der Preisbinder bei mehrstufigem Absatzweg vielmehr der sog. durchlaufenden Bindung. Er schreibt dabei seinen Abnehmern, also den Großhändlern, nicht nur ihre Wiederverkaufspreise vor, sondern verpflichtet sie gleichzeitig, auch mit ihren Abnehmern bis zur Angabe an den Endverbraucher die Einhaltung der vom Hersteller festgesetzten Verkaufspreise zu vereinbaren.

Diese Form der Preisbindung wird allerdings vom strengen Wortlaut des § 16 GWB nicht zugelassen. Nach allgemeiner Meinung enthält § 16 Abs. I GWB insoweit jedoch ein Redaktionsversehen, weil nach der amtlichen Begründung gerade auch die durchlaufende Bindung ermöglicht werden sollte.¹⁷⁾ Statt des "oder" in § 16 Abs. I GWB muß also "und bzw. oder" gelesen werden.¹⁸⁾

- 3) Natürlich kann der Hersteller auch dem genauen Wortlaut des § 16 Abs. I GWB nach auf eine Bindung der Großhandelspreise bei mehrstufigem Absatzweg verzichten und die Großhändler lediglich verpflichten, ihre Abnehmer an bestimmte Preise zu binden.¹⁹⁾

Streitig ist jedoch, ob der Unternehmer auch die nicht direkt von ihm belieferten Einzelhändler unmittelbar zur Einhaltung der von ihm festgesetzten Verbraucherpreise verpflichten kann, anstatt den beim Absatz eingeschalteten Großhandel mit der Vereinbarung der vP zu betrauen. Diese Form der vP wird vom Wortlaut des § 16 GWB nicht gedeckt und wurde auch bei den Vorarbeiten zum Gesetz nicht erörtert. Sie wird aber unter Hinweis auf den Sinn des § 16 GWB in der Rechtslehre z. T. für zulässig gehalten.²⁰⁾

16) Droste in Betrieb 1958, S. 99; Rasch, § 16 Anm. 6 unter a).

17) Amtl. Begr. zum Entw. eines GWB in BT-Drucks. 1 Wahlp., Nr. 3462, S. 26.

18) Baumbach-Hefermehl, zu § 16 GWB, Anm. 34; Schwartz in M-H-S, § 16, Anm. 15; Markenverb. -Erl. in MA 1957, S. 425; Röper, S. 83 hält die durchlaufende Bindung sogar für notwendig.

19) Eine Bewertung dieser Form gegenüber der durchlaufenden Bindung bei Mellerowicz, S. 63 ff.

20) Gleiß-Steiner in BB 1958, S. 282; Baumbach-Hefermehl, zu § 16 GWB, Anm. 34; a. A. Büntig in BB 1955, S. 1114.

III. Geschichtliche Entwicklung der vP.

- 1) Die Einrichtung der vP bei Markenwaren ist nicht vom Gesetzgeber geschaffen worden. Sie hat sich seit dem Aufkommen des Markenartikels etwa am Ende des vorigen Jahrhunderts im deutschen Wirtschaftsleben auf der Grundlage der Vertragsfreiheit entwickelt.²¹⁾ Ihre Rechtswirksamkeit wurde zunächst nicht in Frage gestellt. Die Gerichte wachten lediglich über die Einhaltung der guten Sitten beim Abschluß von Preisbindungsverträgen.²²⁾
- 2) Nach 1930 befaßten sich einige Verordnungen mit der vP.²³⁾ Zum Teil wurden sogar - recht enge - Definitionen vorgenommen.²⁴⁾ Diese Verordnungen verfolgten aber vor allem wirtschaftspolitische Ziele; das Recht des Markenwaren-Herstellers, die Wiederverkaufspreise seiner Erzeugnisse zu beeinflussen, wurde nicht in Zweifel gezogen. Für die Wirksamkeit war lediglich von Bedeutung, daß vP auf der Kleinhandelsstufe vom Reichskommissar für Preisbindung genehmigt werden mußten.²⁵⁾
- 3) Nach dem Zusammenbruch verboten 1947 das amerikanische MilReg Ges.Nr.56, die britische MilRegVO. Nr.78 und die VO Nr. 96 des Französischen Oberkommandierenden zunächst auch die vP bei Markenwaren. Am 18.11.1952 nahm dann der Chef der Dekartellierungs-

21) Behrends, S. 30 ff; Gold, § 19c (S.112).

22) RGZ Bd.120, S.53; Bd.133, S.336.

23) Eine Aufzählung gibt Baumbach-Hefermehl, S.1314; vgl. auch Müller-Gries, § 16 Anm.1 ff.

24) § 1 Abs.I der VO vom 27.10.1937 (RGBl.I, S.1139) lautet: Festsetzung und Verabredungen von Wiederverkaufspreisen für die nächste oder nächstfolgende Wirtschaftsstufe, auch soweit sie durch Nachlässe oder Zuschläge gebildet werden (Preisbindungen der zweiten Hand), werden für die Markenwaren aufgehoben. . . .

§ 3 Abs.I der VO vom 23.11.1940 (RGBl.I, S.1573) lautet: Preisbindungen der zweiten Hand liegen vor, wenn die Mitglieder einer Wirtschaftsstufe die Mitglieder nachfolgender Wirtschaftsstufen verpflichten, für ihre Güter oder Leistungen bestimmte Kleinhandelspreise oder Kleinhandelspreisgrenzen anzuhalten oder ihnen die Einhaltung solcher Preise oder Preisgrenzen empfehlen.

25) § 2 der VO vom 12.11./11.12.1934; § 1 Abs.I der VO vom 23.11.1940

abteilung bei der Hohen Kommission, Willner, auf Bitten des Bundeswirtschaftsministeriums zur Rechtslage Stellung. Auf Grund dieses "Willner-Briefes" ²⁶⁾ wurden vP wieder für zulässig erachtet. Nach Wiedererlangung der Souveränität am 5.5.1955 wurde die Rechtsprechung der Obergerichte wieder uneinheitlich. Einige Gerichte behandelten die vP weiterhin als wirksam, ²⁷⁾ andere erklärten sie für unzulässig. ²⁸⁾ Sie sprachen nämlich entsprechend dem Überleitungsvertrag zwar den alliierten Gesetzen eine Weitergeltung zu, nicht aber Meinungsäußerungen wie dem Willnerbrief.

Daraufhin verneinten auch andere Gerichte, die gegen die Zulässigkeit an sich keine Bedenken hatten, die Wirksamkeit der vP, weil es auf Grund der uneinheitlichen Rechtsprechung der Obergerichte an dem Erfordernis der Lückenlosigkeit fehle. ²⁹⁾ Erst der Bundesgerichtshof beseitigte die Verwirrung, als er in zwei Urteilen die vP auf der Grundlage des Willnerbriefes auch nach dem 5.5.1955 für wirksam erklärte. ³⁰⁾

- 4) Nach wechselvoller Entstehungsgeschichte ³¹⁾ trat am 1.1. 1958 das neue Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Bundesrepublik in Kraft. In ihm wird in den §§ 15-17 GWB die Zulässigkeit der vP geregelt. Die Zweifel über die Zulässigkeit von Preisbindungsverträgen bei Markenartikeln sind damit beseitigt. ³²⁾ Jedoch sind zahlreiche Probleme ungelöst geblieben oder aus der Fassung des GWB neu aufgetreten, in den Tätigkeitsberichten des Bundeskartellamts für 1959

26) Abgedruckt in BB 1952, S. 960.

27) LG München in WuW 1956, S. 77 ff; LG Wuppertal in WuW 1957, S. 175 ff; LG Hamburg in MA 1957, S. 723; LG Bochum in WuW 1957, S. 511 ff.

28) OLG Stuttgart in BB 1956, S. 183; OLG Bamberg in BB 1956, S. 669; OLG Hamm in BB 1956, S. 417 und 905; BB 1957, S. 348.

29) OLG Hamburg in MA 1957, S. 16; OLG Düsseldorf in WuW 1957, S. 393 ff; LG Köln in WuW 1957, S. 514.

30) BGH in WuW 1958, S. 181 ff; BGH in GRUR 1958, S. 247. Das zahlreiche Schrifttum ist zitiert bei Rasch, Anm. 2 zu § 16.

31) Siehe dazu Baumbach-Hefermehl, S. 1212.

32) Der Streit um die gesetzliche Rechtfertigung einer vP für Markenartikel ist auch nach Inkrafttreten des GWB nicht beigelegt worden, wie gelegentliche Diskussionen und Stellungnahmen im Wirtschaftsteil der Tagespresse zeigen. Im Bundestag wurde bereits am 13.10.1959 ein

und 1960 werden einige davon angedeutet.³³⁾ Im Rahmen dieser Zusammenstellung versucht die Arbeit einige Fragen zu lösen.

Im 1. Hauptteil werden einzelne Probleme behandelt, die sich aus Tatbestandsmerkmalen des § 16 GWB ergeben. In der Anordnung dieser Probleme folgt die Arbeit dem Aufbau des § 16 GWB. Dementsprechend befaßt sich die Untersuchung zunächst mit dem Objekt der in § 16 GWB zugelassenen Preisbindung, den Markenwaren (§ 2) des preisbindenden Unternehmens (§ 3), die mit gleichartigen Waren in Preiswettbewerb stehen (§ 4). Anschließend wird aus dem Fragenbereich der Ausgestaltung einer vP das Problem der Bindung von Preisgrenzen untersucht (§ 5),

Der 2. Hauptteil behandelt aktuelle Probleme, die sich aus der Form und dem Umfang der vP im Hinblick auf die Eingriffsbefugnis der Kartellbehörde nach § 17 GWB ergeben. Die Anordnung der einzelnen Abschnitte ist nicht nach besonderen, aus dem Tatbestand des § 17 GWB sich ergebenden Gesichtspunkten vorgenommen worden. Das Problem der Preisspaltung (§ 7) wurde aufbaumäßig dem Problem der Lückenhaftigkeit einer vP (§ 8) vorangestellt, weil ein Hauptfall der Preisspaltung auch unter dem Gesichtspunkt des Mißbrauchs einer lückenhaften vP zu würdigen war. Das Problem des Verbots von Barzahlungsrabatt (§ 6) steht beziehungslos daneben. Seine räumliche Anordnung zu den nachfolgenden Abschnitten erklärt sich aus der Reihenfolge, in der die Probleme im Tätigkeitsbericht 1959 des Bundeskartellamts aufgeführt sind.

Fortsetzung d. Anm. 32

Antrag der SPD-Fraktion eingebracht, womit eine Änderung des GWB angestrebt wurde. Der Antrag fordert u. a. die Beschränkung der vP auf unverbindliche Preisempfehlungen. (BT-Drucksachen 3. Wahlperiode Nr. 1279 unter A I 1).

- 33) Tätigkeitsbericht des BKA für das Geschäftsjahr 1959 in BT-Drucksachen 3. Wahlperiode, Nr. 1795, S. 35 ff; für das Geschäftsjahr 1960 in BT-Drucksachen, 3. Wahlperiode, Nr. 2734, S. 40ff.

Probleme, die sich aus dem Tatbestand des § 16 Abs. I und II GWB ergeben. ^{33a)}

§ 2 Vertikale Preisbindung für gewerbliche Leistungen

- I. § 16 GWB erlaubt die vP für Markenwaren. Es besteht das Problem, ob nach dieser Vorschrift auch für gewerbliche Leistungen die Preise vertikal gebunden werden können. Unternehmer versuchen gelegentlich, eine derartige vP einzuführen. Beispiele dafür sind, daß Zeit-schriftenverlage die Preise der Lesezirkel-Unternehmen bzw. Filmhersteller die Preise für das Entwickeln binden. ³⁴⁾ Ebenfalls um Preisbindung gewerblicher Leistungen handelt es sich, wenn Hersteller die

33a) § 15 GWB (Preis- und Konditionenbindungen) Verträge zwischen Unternehmen über Waren oder gewerbliche Leistungen, die sich auf Märkte innerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes beziehen, sind nichtig, soweit sie einen Vertragsbeteiligten in der Freiheit der Gestaltung von Preisen oder Geschäftsbedingungen bei solchen Verträgen beschränken, die er mit Dritten über die gelieferten Waren, über andere Waren oder gewerbliche Leistungen schließt.

§ 16 GWB (Vertikale Preisbindung von Markenwaren) Abs I: § 15 gilt nicht, soweit

1. ein Unternehmen die Abnehmer seiner Markenwaren, die mit gleichartigen Waren anderer Hersteller oder Händler in Preiswettbewerb stehen, oder
2. ein Verlagsunternehmen die Abnehmer seiner Verlagserzeugnisse rechtlich oder wirtschaftlich bindet, bei der Weiterveräußerung bestimmte Preise zu vereinbaren oder ihren Abnehmern die gleiche Bindung bis zur Weiterveräußerung an den letzten Verbraucher aufzuerlegen.

Abs. II: Markenwaren im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1 sind Erzeugnisse, deren Lieferung in gleichbleibender oder verbesserter Güte von dem preisbindenden Unternehmen gewährleistet wird und

1. die selbst oder
2. deren für die Abgabe an den Verbraucher bestimmte Umhüllung oder Ausstattung oder
3. deren Behältnisse, aus denen sie verkauft werden, mit einem ihre Herkunft kennzeichnenden Merkmal (Firmen-, Wort- oder Bildzeichen) versehen sind.

Käufer ihrer Erzeugnisse verpflichten, für den Fall der handwerksmäßigen Anbringung des verkauften Artikels bestimmte Stundenlöhne zu berechnen.³⁵⁾

Das Bundeskartellamt untersucht im Tätigkeitsbericht 1959 den Fall, daß Filmverleihgesellschaften den Kinobesitzern die Eintrittspreise vorschreiben. Es hält eine derartige vP für gewerbliche Leistungen unter Hinweis auf den klaren Wortlaut des GWB unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte für unzulässig.³⁶⁾ In Rechtsprechung und Rechtslehre wird überwiegend die gleiche Meinung vertreten.³⁷⁾

Bezüglich einer bestimmten Art vP von gewerblichen Leistungen ist jedoch Ley der gegenteiligen Auffassung.³⁸⁾ Es handelt sich um die Kundendienstinspektionen in der Kraftfahrzeugindustrie.³⁹⁾ Ley hält die dabei durch die Autofirmen den Vertragswerkstätten auferlegte vP für die Inspektionsarbeiten in Analogie zu § 16 GWB für zulässig. Der Nutzen eines solchen Wartungsdienstes für die Fahrbereitschaft der Autos und damit für die Sicherheit des Straßenverkehrs liegt auf der Hand. Zwar

34) Ewald in MA 1954, S. 108; Schwartz in M-H-S, § 15 Anm. 5; Rohm, S. 31/32.

35) Müller-Gries, § 15 Anm. 6; in den dreißiger Jahren wurde von den Linoleumherstellern neben den Preisen für ihre Erzeugnisse auch der Preis für das Verlegen des Linoleums vorgeschrieben. Gerade um diese vP zu unterbinden, wurde die Kartell-NotVO und AusführungsVO (RGBl. 1930/1, S. 311 und DR-Anz. 1930/Vr. 205) mit entsprechenden Bestimmungen erlassen. Dazu Müllensiefen-Dörinkel, Abschnitt XV, Anm. 16.

36) Tätigkeitsbericht 1959 des Bundeskartellamts in BT-Drucksachen, 3. Wahlperiode Nr. 1795, S. 36.

37) BGH in WRP 1958, S. 285 ff.; WuW KRT 36; Schwartz in M-H-S, § 16 Anm. 7 u. Anm. 14; Rasch, §§ 16/17 Anm. 6; Fischer in Betrieb 1958, S. 887; Frankfurter Kommentar, § 16 Anm. 9; BWI in WuW 1956, S. 154.

38) Ley in Betrieb 1958, S. 594 ff.

39) Der Automobilfabrikant preist in seiner Werbung besondere Inspektionen zu festgesetzten Vorzugspreisen an. Bei der Auslieferung des Autos erhält der Käufer ein Scheckheft, in dem jeweils für die Inspektionen nach je 2500 bzw. 5000 km die auszuführenden Arbeiten und der dafür zu zahlende Preis auf Scheckformularen aufgedruckt sind. Die Inspek-

würden von Seiten der Autofirmen die Inspektionen durch Vertragswerkstätten wohl auch gewährleistet, wenn dafür keine vP eingeführt werden dürfte. Es entfielen dann aber das wichtige Moment des Anspruchs auf schnelle Inspektion zu einem oft als Vorzug verstandenen Preis für den Kunden. Der Autobesitzer könnte die Arbeiten der 10000-km-Inspektion auch beim Zählerstand 50000 zum gleichen, von der Werkstatt selbständig kalkulierten Preis in Auftrag geben. Fahrer, denen die Fahrtüchtigkeit ihres Wagens gleichgültig ist, würden vielleicht ganz auf den regelmäßigen Wartungsdienst verzichten. Auch pflichtbewußte Autobesitzer kämen in die Versuchung, bei momentaner Geldknappheit die fällige Inspektion auszulassen. Schließlich könnten die maßlos überhöhten Inspektionspreise einer Werkstatt, die infolge ihrer Lage ein Reparaturmonopol für eine Gegend besitzt, die Autobesitzer dieses Gebietes veranlassen, nur die gerade notwendigen Reparaturen in Auftrag zu geben. Die festen und einheitlichen Inspektionspreise, von den Kunden als Vorzugspreise verstanden, können also dazu beitragen, die Fahrtüchtigkeit der Kraftfahrzeuge und damit die Sicherheit des Straßenverkehrs zu erhalten. Es soll daher versucht werden, die Zulässigkeit der vP für die gewerblichen Leistungen der Kundendienst-Inspektionen nach § 16 GWB zu rechtfertigen.

- II. Eine direkte Anwendung des § 16 GWB auf die vP gewerblicher Leistungen steht im Widerspruch zur herrschenden Meinung.⁴⁰⁾ Sie wäre nur möglich, wenn die Argumente der herrschenden Meinung, wonach Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 16 GWB eine vP gewerblicher Leistungen nicht zulassen, widerlegt werden.
- 1a) Nach dem Wortlaut des § 16 Abs. I GWB können Preise für Markenwaren vertikal gebunden werden. Unter Waren versteht man im ju-

Forts. der Anm. 39

tionen führen bestimmte, als Vertragswerkstätten der jeweiligen Automarke bezeichnete Reparaturbetriebe durch. Unter den großen deutschen Automarken ist dies System eingeführt und auch nach Erlaß des GWB beibehalten von: VW, Ford, Opel, BMW, Borgward, DKW, Lloyd. Mercedes hat lediglich unverbindliche Richtpreise empfohlen, Fiat hat Richtzeiten festgesetzt.

- 40) Vgl. Fußnote 37 auf S. 11

ristischen Sprachgebrauch stets Güter, bewegliche Sachen als Erzeugnisse menschlicher Tätigkeit, nicht aber Dienstleistungen als solche. Selbst bei extensivster Auslegung - wobei der Ausnahmecharakter des § 16 GWB einmal außer Acht gelassen werden soll - erscheint es nicht statthaft, gewerbliche Leistungen, wie das Verlegen von Linoleum oder die Inspektion eines Autos als Ware zu bezeichnen.⁴¹⁾

- b) Auch die in § 16 Abs. II GWB hervorgehobenen Tatbestandsmerkmale der "gleichbleibenden Güte" und des "herkunftsbezeichnenden Merkmals" sind bei gewerblichen Leistungen nicht zu erfüllen. Für menschliche Tätigkeit kann gleichbleibende Güte nicht garantiert werden. Das gilt vor allem, wenn verschiedene Arbeiter eine so komplizierte Leistung wie die Überprüfung eines Autos erbringen, auch wenn sie eine Fachausbildung beim preisbindenden Automobilwerk erhalten haben. Kein Kunde wird dazu die Inspektionen mit dem Preisbinder, nämlich der Automobilfabrik, in Verbindung bringen, selbst wenn sie von "Vertragswerkstätten" ausgeführt werden, die ausdrücklich als solche bezeichnet sind. Sie bleiben Arbeit der Werkstatt.
- c) An dieser Stelle soll gleich auf den Versuch von Ley, die vP bei Kundendienst-Inspektionen zu rechtfertigen, eingegangen werden. Zwar bezeichnet Ley die Inspektionsarbeiten als "Markenwaren analoge gewerblicher Leistungen". Bei näherer Untersuchung zeigt sich jedoch, daß Ley keine Analogie vornimmt, sondern die Tatbestandsmerkmale des § 16 GWB auslegt und so diese Inspektionen im Bereich des § 16 GWB "unterbringt".⁴²⁾

Bei analoger Anwendung des § 16 GWB auf diese Art gewerblicher Leistungen wäre es nicht nötig, den durch die Vereinbarung zwischen Autofirma und Vertragswerkstätte gegebenen Preisbindungs-Sachverhalt vollständig unter den Tatbestand des § 16 GWB zu subsumieren wie Ley es versucht. Es ist vielmehr gerade die Besonderheit der Analogie, daß bestimmte Tatbestandsmerkmale durch einen Lebenssachverhalt nicht erfüllt sind. Sonst läge kein ähnlicher, sondern der vom Gesetz getroffene Fall vor. Es zeigt sich auch aus den Formulierungen Leys selbst, daß er

41) Baumbach-Hefermehl, zu § 16 GWB, Anm. 13; Fischer in Betrieb 1958, S. 887.

42) So formuliert Fischer in seiner Kritik in Betrieb 1958, S. 887 ff.

§ 16 GWB auslegt und nicht analog anwendet. So weist er darauf hin, daß man sich bei der Anwendung des § 16 GWB von der rein wörtlichen Interpretation in größerem Maße lösen müsse als bei anderen Gesetzen. Bei der Analogie spielt gerade die wörtliche Interpretation keine Rolle, vielmehr soll die Lücke, die durch den Wortlaut nicht mehr geschlossen werden kann, gefüllt werden. Ley legt also die Tatbestandsmerkmale "gleichbleibende Güte", "herkunftsbezeichnendes Merkmal" und "Markenware" aus:

"Die Inspektionen sind von Vertragswerkstätten (ihre Herkunft kennzeichnendes Merkmal = eine Vertragswerkstatt ist als der verlängerte Arm des Herstellers anzusehen; die Selbständigkeit der Werkstatt ist durch das Vorschreiben der auszuführenden Arbeiten bereits eingeschränkt) auszuführen. Diese Werkstatt garantiert den Kunden die spezielle Eignung des mit den Arbeiten betrauten Personals (gleichbleibende Güte). Da auch Preiswettbewerb auf horizontaler Ebene besteht, wird deutlich, daß diese Inspektionen an Markenartikeln selbst zur Markenware werden." ⁴³⁾

Diese Subsumtion sprengt die Grenzen der zulässigen Auslegung. Die Bezeichnung der Reparaturbetriebe als Vertragswerkstätten genügt nicht als auf den Preisbinder hinweisendes herkunftsbezeichnendes Merkmal für die Inspektionsarbeiten. Werden den Werkstätten auch die Detailarbeiten genau vorgeschrieben, so ist ihre Selbständigkeit doch nicht so weit eingeschränkt, daß jeder Kunde die Arbeiten dem Hersteller des Autos zuordnen müßte. Das tut in der Praxis niemand. Dazu unterscheiden sich die meist geringfügigen Reparaturen bei einer Inspektion für den Käufer erkennbar ganz erheblich von größeren Reparaturen, die nur vom Werk vorgenommen werden können, wie z.B. Einbau eines Austauschmotors. Die Inspektionsarbeiten könnten außer den Vertragswerkstätten auch andere Reparaturbetriebe ausführen.

Auch die gleichbleibende Güte kann für menschliche Arbeit nicht garantiert werden, zumal verschiedene Arbeiter in den vielen Vertragswerkstätten einer Automarke beschäftigt sind. Ley übersieht zudem, daß der Preisbinder, also hier der Autofabrikant, die gleichbleibende Güte der Arbeit garantieren müßte, nicht aber die Werkstatt. Er müßte die gleiche Eignung für das Personal aller seiner Vertragswerkstätten garantieren können. Das ist unmöglich.

43) Ley in Betrieb 1958, S. 594 f.

Schließlich können Inspektionsarbeiten als gewerbliche Leistungen, wie oben gezeigt, nicht den Waren gleichgesetzt werden, also nicht zu Markenwaren werden.

Der Versuch Leys, die vP bei Kundendienstinspektionen zu rechtfertigen, ist also als unzulässige Auslegung des § 16 GWB abzulehnen.

- 2) Neben dem Wortlaut weist die herrschende Meinung auch auf die Entstehungsgeschichte des § 16 GWB hin.⁴⁴⁾

Aus der amtlichen Begründung zu § 11 des Entwurfes zum GWB - dem heutigen § 16 GWB - folgt eindeutig, daß die vP für gewerbliche Leistungen nicht erlaubt werden sollte. Es heißt an der entscheidenden Stelle:

"§ 11 gestattet nur eine Ausnahme von § 10, soweit Wiederverkaufspreise gebunden werden. Die übrigen Bestimmungen (u. a. das Verbot, Preise für gewerbliche Leistungen zu binden) bleiben bestehen." 45)

- 3) Es ist also der herrschenden Meinung zuzustimmen, daß die vP gewerblicher Leistungen allgemein und auch speziell die Bindung der Inspektionspreise durch die Autofirmen nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 16 GWB durch diese Vorschrift direkt nicht vom Verbot des § 15 GWB befreit worden ist. Das gilt auch dann, wenn die gewerblichen Leistungen an Markenwaren vorgenommen werden.

III. Gleichwohl ließe sich die vP gewerblicher Leistungen mit dem GWB vereinbaren, wenn man den § 16 GWB auf derartige vP analog anwenden könnte. Diese Möglichkeit soll am Beispiel der Bindung von Inspektionspreisen in der Automobilindustrie geprüft werden. Damit wird der wichtigste Fall einer vP gewerblicher Leistungen im Geltungsbereich des GWB untersucht. Ob die Ergebnisse dieser Prüfung auch für die Beurteilung der vP bei anderen gewerblichen Leistungen gelten können, ist anschließend zu erörtern.

44) Bei diesem jungen Gesetz dürfen die Materialien ohne Bedenken zur Auslegung herangezogen werden, da nicht anzunehmen ist, daß in den wenigen Jahren seit seinem Erlaß das GWB schon vom Willen des Gesetzgebers unabhängig geworden ist.

45) BT-Drucks., 1. Wahlp., Nr. 3462, S. 30. § 10 des Entwurfs entspricht § 15 GWB.

Die Analogie wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß bei der vP für Inspektionsarbeiten weder Preise für Waren gebunden werden, noch ein herkunftsbezeichnendes Merkmal oder eine Gütegarantie zu finden ist. Gerade in den Fällen, in denen ein Sachverhalt nicht mehr durch Auslegung unter den Tatbestand des Gesetzes subsumiert werden kann, ist oft ein Analogieschluß erlaubt. Dabei ist darauf abzustellen, ob die betreffende Bestimmung überhaupt zur analogen Anwendung geeignet ist und ob Normzweck und Interessenlage die Anwendung der scheinbar nicht passenden Norm auf den Lebenssachverhalt gestatten.⁴⁶⁾

1. Eine analoge Anwendung des § 16 GWB setzt zunächst voraus, daß diese Vorschrift überhaupt der Analogie zugänglich ist. Analogie bedeutet Ausdehnung eines Rechtssatzes oder -gedankens auf einen rechtsähnlichen Fall. Bei dieser Methode der Gesetzesanwendung geht man davon aus, daß das Gesetz durch die Feststellung einer Regel für einen Einzelfall einen Grundsatz zunächst für diesen Fall anerkannt hat, man ebendiese Feststellung aber als Grund für eine entsprechende Anwendung der Regel auf andere Fälle verwerten kann. Dabei ist der Analogieschluß jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Der Gesetzgeber verfolgt mit jeder Regelung einen bestimmten Zweck. Oft will er gewisse von ihm als schutzwürdig anerkannte Interessengegenüber anderen Interessen durchsetzen helfen. Ist nun ein Fall zu lösen, den die gesetzliche Regelung nach ihrem Wortlaut nicht mehr umfaßt, so kann diese vorhandene Gesetzesregel auf den neuen Sachverhalt ausgedehnt werden, wenn der vom Gesetzgeber mit der Normierung verfolgte Zweck auch bei einer solchen Ausdehnung erreicht wird und die gesetzlich geschützten Interessen bei dieser entsprechenden Anwendung des Grundgedankens ebenfalls hinreichende Beachtung finden. Vor allem bei weitgefaßten allgemeinen Normen kann oft mit Analogie eine Lücke geschlossen werden, weil ähnliche Fälle mit gleicher Interessenlage häufig vorkommen. Anders ist es jedoch bei Ausnahmenvorschriften, die eng begrenzt lediglich auf die Fälle angewendet werden sollen, die ihr direkter Wortlaut trifft. Wenn eine Vorschrift für einen bestimmten Ausnahmefall erlassen ist, so darf sie nicht analog angewendet werden auf Fälle, in denen diese Ausnahmesituationen, die allein das Gesetz regeln

46) Enneccerus-Nipperdey, § 58, II; Lehmann, § 8, III 3.

wollte, nicht gegeben ist. Daher ist eine analoge Anwendung solcher Ausnahmenvorschriften in der Regel unzulässig. In den Grenzen des Grundgedankens der Ausnahmenorm ist allerdings ein Analogieschluß statthaft.⁴⁷⁾ Insoweit sind der gesetzlich geregelte und der zu entscheidende Fall wieder wesensgleich.

Bereits aus diesem Gesichtspunkt des "singularia non sunt extendenda" ergeben sich Bedenken gegen eine analoge Anwendung des § 16 GWB auf die vP bei Kundendienst-Inspektionen. In § 15 GWB ist ein generelles Verbot für vP ausgesprochen. § 16 GWB schafft lediglich für die vP von Markenwaren eine Ausnahme von diesem Grundsatz, wie vor allem das Wort "soweit" in § 16 Abs. I GWB zeigt. Damit besitzt § 16 GWB den Charakter einer eng auszulegenden und anzuwendenden Ausnahmenvorschrift.⁴⁸⁾ Eine analoge Anwendung dieser Ausnahmeerlaubnis würde das strenge Verbot des § 15 GWB weitgehend entwerten.

2. Es erscheint jedoch bedenklich, allein aus dem formalen Ausnahmecharakter des § 16 GWB die Unzulässigkeit eines Analogieschlusses zu begründen. Wie bereits angedeutet, können auch Ausnahmenormen analog angewandt werden, wenn sich die entsprechende Anwendung in den Grenzen des Grundgedankens der engen Vorschrift hält. Ist das vom gesetzlichen Tatbestand der Ausnahmenvorschrift abweichende Stück des zu entscheidenden Falles für die Ausnahmesituation bedeutungslos, so kann auch die enge Norm insoweit zu einem Analogieschluß herangezogen werden. Hat dagegen gerade das Unterscheidungsmerkmal der beiden verglichenen Fälle eine wesentliche Bedeutung für die Begrenzung der gesetzlichen Regelung auf die Ausnahmesituation, so ist die Analogie unzulässig. Ob die Beschränkung der in § 16 GWB zugelassenen vP auf Markenwaren für diese Regelung wesentlich ist oder ob nach dem Grundgedanken dieser Norm auch die vP für gewerbliche Leistungen zugelassen werden kann, läßt sich nur entscheiden, wenn der vom Gesetzgeber mit der Regelung des § 16 GWB verfolgte Zweck und die gesetzliche Bewertung der bei einer vP einander widerstreitenden Interessen festgestellt sind.

47) Engisch, S. 147; Enneccerus-Nipperdey, § 48, I, 2.

48) Amtl. Begründg. zu § 11 des Entwurfs in BT-Drucks. I Wahlp., Nr. 3462, S. 30 Schwartz in M-H-S, § 16 Anm. 7; Fischer in Betrieb 1958, S. 887; Linhardt-Stöhr in BB 1957, S. 1021.

Daher müssen trotz des Ausnahmecharakters des § 16 GWB auch die materiellen Voraussetzungen der Analogie bei der Ausdehnung des § 16 GWB auf die vP gewerblicher Leistungen geprüft werden.

- a) Als der Gesetzgeber die Erlaubnisnorm des § 16 GWB als Ausnahme vom Verbot des § 15 GWB formulierte, hat er damit einen bestimmten Zweck verfolgt. Dieser innere Grund der gesetzlichen Regelung muß auch bei rechtsähnlicher Anwendung des § 16 GWB auf die vP bei Inspektionsarbeiten gewahrt sein, wenn die Analogie zulässig sein soll.

Der Normzweck des § 16 GWB läßt sich aus der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung feststellen. In der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf des GWB heißt es:

"Allerdings ist die vP bei Markenartikeln und Verlagserzeugnissen eine Ausnahme vom Grundsatz des § 10 (jetzt § 15 GWB), daß eine Wirtschaftsstufe nicht in die Freiheit des geschäftlichen Entschlusses von Angehörigen anderer Wirtschaftsstufen eingreifen dürfe. Diese Ausnahme erscheint jedoch tragbar. Markenartikel sind Waren des Massenkonsums. Die Verbindung der Marke mit einer Ware, die damit verbundene Notwendigkeit, dieser Marke durch gleichbleibende Qualität und durch längere Werbung Verkehrsgeltung zu verschaffen, bringen eine besondere Situation hervor. Der Hersteller der Markenware kann sich ein Nachlassen der Qualität nicht leisten; er würde sich damit den mit erheblichem Aufwand begründeten Werbewert seiner Marke zerstören. Es besteht außerdem in der Vorstellung des Publikums eine bestimmte psychologische Verknüpfung von Festpreis und Güte der Ware. Unbeständige Verkaufspreise rufen beim Konsumenten leicht die Vorstellung wach, daß auch die Güte der Ware schwänke. Sein Vertrauen in die Qualität und damit der Wert der Marke würden beeinträchtigt werden." 49)

Daraus ergibt sich, daß der Gesetzgeber von der Einrichtung der vP bei Markenartikeln ausgegangen ist und wegen der dargestellten besonderen Situation diese vP als Ausnahme von § 15 GWB zugelassen hat. Die vP

49) Amtliche Begründung zu § 11 Ziff. 1b in BT-Drucks. 1. Wahlp. Nr. 3462. S. 30

Markenwaren findet ihre in § 16 GWB gesetzlich verankerte Rechtfertigung also darin, daß der Markenartikel keine anonyme Ware ist, sondern das Herkunftszeichen eines bestimmten Unternehmens trägt, so daß sich bestimmte Wertvorstellungen der Verbraucher an ihn knüpfen. Dabei ist der gleichbleibende Preis für die Konsumenten ein Ausdruck dieser gleichbleibenden Beschaffenheit.⁵⁰⁾

Wenn nun der Autofabrikant seinen Vertragswerkstätten die Preise für Inspektionen vorschreibt, so ist diese vom Gesetzgeber anerkannte Situation, die eine Zulassung der vP bei Markenwaren als tragbar erscheinen ließ, nicht gegeben:

Zwar führen besonders als solche bezeichnete "Vertragswerkstätten" die Arbeiten aus. Darin kann aber noch nicht eine Verbindung von Automarke und gewerblicher Leistung gesehen werden. Der Käufer stellt auch diese Verbindung nicht gedanklich her, vielmehr sieht er in der Inspektion stets eine Arbeit der von ihm mit der Arbeit betrauten Werkstatt. Das zeigt sich besonders dann, wenn ein Kunde von verschiedenen Vertragswerkstätten derselben Marke verschieden gut bedient worden ist. Er schimpft nicht auf den Fabrikanten des Autos, sondern auf die schlechte Werkstatt. Es ist zwar vorstellbar, daß viele Kunden davon ausgehen, die Autofirma überwache die Vertragswerkstatt. Kein Autofahrer wird aber die Vorstellung haben, daß die preisbindende Herstellerfirma jede Inspektionsarbeit beaufsichtige. Die schlechte Qualität der einzelnen Serviceleistung rechnet auch ein solcher Kunde nicht der kontrollierenden Firma, sondern allein der ausführenden Werkstatt zu. Die Automobilfirma als Preisbinderin hat von der unterschiedlichen Qualität der gewerblichen Leistung keinen Schaden. Auch ohne vP für die Inspektionsarbeiten werten die Kunden das Erzeugnis des Preisbinders, das jeweilige Automodell, in seinen Eigenschaften nicht schlechter als ohne gebundene Wartungsdienstpreise. Auch die psychologische Verknüpfung von Festpreis und Güte der vorgenommenen Inspektionen wird selten vorhanden sein. Unter mehreren Vertragswerkstätten einer Marke sucht sich der Kunde auch bei gleichen Preisen stets die ihm für die Qualität der Arbeit am besten bekannte aus. Bei menschlicher Arbeit vertraut man eben nicht auf gleiche Qualität wie bei den meist maschinell hergestellten Markenartikeln. Die vom Gesetzgeber in der

50) Baumbach-Hefermehl, zu § 16 GWB Anm.10

amtlichen Begründung zur Rechtfertigung der vP bei Markenartikeln hervorgehobene Situation ist also bei der vP für Inspektionsarbeiten in der Kraftfahrzeugindustrie nicht gegeben. Danach scheint eine derartige vP gewerblicher Leistungen auch analog § 16 GWB nicht zulässig zu sein. Man darf den Normzweck des § 16 GWB jedoch nicht zu eng auffassen. § 16 GWB ist eine Bestimmung mit wirtschaftspolitischer Zielsetzung. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll durch die vP bei Markenartikeln der Wert einer Marke und die erkämpfte Marktposition des Markeninhabers erhalten werden. Dieser Zweck ergibt sich aus der oben angeführten Stelle der amtlichen Begründung. Der Schutz des Markenwerts hängt nun eng mit der Aufrechterhaltung und Steigerung des Absatzes eines Artikels zusammen. Nur wenn eine Marke am Markt gefragt ist, kann der Inhaber im Konkurrenzkampf auf die Dauer bestehen. Damit wird durch § 16 GWB das Interesse des Preisbinders an der Erhaltung der erreichten Absatzziffer berücksichtigt. Der Absatz richtet sich aber auch weitgehend danach, inwieweit durch den Hersteller den Interessen der beteiligten Händler und Verbraucher an Vertrieb und Bezug des Markenartikels entsprochen wird. Der Normzweck des § 16 GWB ist daher mit den Interessen der am Absatz einer Markenware beteiligten Wirtschaftsstufen eng verknüpft. Letztlich kann daher nur ein Vergleich der Interessenlagen bei vP für Markenartikel und Kraftfahrzeug-Inspektionen entscheiden, ob analog § 16 GWB die vP für Inspektionsarbeiten an Automobilen zugelassen werden kann.

- b) Bei Schaffung des GWB wurden vor allem die Bestimmungen über die vP lebhaft umkämpft.^{50a)} Dabei zeigte sich, daß gerade an der Erlaubnis oder am Verbot der vP für Markenartikel die verschiedensten Kreise interessiert sind. Mit der zum Gesetz gewordenen Fassung hat der Gesetzgeber durch die Vorschrift des § 16 GWB die Interessen der Hersteller, Händler und Verbraucher an einer vP bei Markenartikeln anerkannt,

50a) Vgl. z. B. den schriftlichen Bericht des Wirtschaftspol. Ausschusses in BT-Drucks., 2. Wahlperiode, Nr. 3644, S. 20 und den Bericht Günther in der Anlage zum Protokoll des Wirtschaftspol. Ausschusses Nr. 125, S. 18 (zitiert nach Müller-Gries, § 16 Anm. 10) Zur Diskussion im Bundestag vgl. die Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode, Band 38, S. 13138 ff.

indem er diese Art der Preisbindung vom Verbot des § 15 GWB ausnahm. Der Interessenkonflikt ist also zugunsten der an einer vP für Markenartikel Interessierten positiv gelöst worden.

Will man nun den § 16 GWB analog auf die vP bei Inspektionsarbeiten anwenden, so muß nachgewiesen werden, daß diese Interessenlage, welcher der Gesetzgeber mit seiner Regelung Rechnung getragen hat, auch bei der vP derartiger gewerblicher Leistungen gegeben ist.

Dabei empfiehlt es sich, zwischen den Interessen der Unternehmer in den einzelnen Absatzstufen zu unterscheiden. Es stehen sich bei diesem Vergleich also drei Paare gegenüber:

Hersteller von Markenwaren - Hersteller von Autos
(preisbindende Stufe)

Händler von Markenwaren -- Inhaber von Vertragswerkstätten
(gebundene Stufe)

Verbraucher der Markenwaren -- Autobesitzer
(Endverbraucherstufe)

Die zahlreichen in der Rechtslehre hervorgehobenen Interessen dieser Verteilungsstufen lassen sich zu einigen Hauptgruppen zusammenfassen, denn oft wird mit verschiedenen Formulierungen dasselbe Interesse gemeint. Vereinzelt angeführte und bestrittene Interessen sollen unberücksichtigt bleiben.

aa) Herstellerinteressen

Unter den Gründen für das Interesse der preisbindenden Stufe wird zunächst hervorgehoben, daß die vP einen gleichmäßigen optimalen Absatz der Markenartikel bedingt. Der Umsatz bleibt durch das Verbot der Preisschleuderei hoch, weil die Einzelhändler weiter am Absatz interessiert sind.⁵¹⁾

51) Baumbach-Hefermehl, zu § 16 GWB, Anm. 10; Zondler, S. 80; Mel-lerowicz, S. 95; Huppert, S. 23 f; Bartosch, S. 17; Schär, S. 24.

Wenn eine Autofirma die Inspektionspreise der Vertragswerkstätten bindet, so kann dieses System mit für den Absatz der Automarke werben. Zwar haben die anderen Firmen ein ähnliches Service, so daß eine Steigerung des Umsatzes allein aus dem Bestehen des Wartungsdienstes kaum erhofft werden kann. Etwas anderes kann sich höchstens in Einzelfällen aus dem unterschiedlichen Ausbau des Vertragswerkstattnetzes ergeben. Ein Dorfbewohner, der zwischen zwei ihm gleichwertig erscheinenden Automarken zu wählen hat, wird den Wagen vorziehen, für den eine Vertragswerkstatt an seinem Wohnort besteht, wenn die nächste Vertragswerkstatt der Konkurrenzmarke 15 km weit entfernt liegt. Solche Einzelfälle können den Gesamtumsatz jedoch nicht wesentlich steigern.

Das Bestehen eines ausgebauten Wartungsdienst-Systems kann aber für die Erhaltung des Umsatzes einer Automarke bedeutsam werden. Wenn eine Firma A kein Service bietet, so werden die Modelle der Konkurrenz mit Wartungsdienst vom wirtschaftlich denkenden Käufer vorgezogen, wenn nicht erhebliche andere Vorteile des Typs A im Vergleich zur Konkurrenzmarke den fehlenden Kundendienst ersetzen. Der Wartungsdienst kann also den Absatz beeinflussen.

Allerdings könnten die Autofirmen anstelle der Vertragswerkstätten auch ein Netz eigener Werkstätten einrichten und dort einheitliche Preise für die Inspektionen fordern. Sie wären dann nicht darauf angewiesen, zur Erhaltung eines Absatzfaktors auf fremde gewerbliche Leistungen Einfluß zu nehmen. Diese Überlegung könnte dazu führen, ein Interesse der Hersteller am absatzerhaltenen Wartungsdienst-System mit Vertragswerkstätten und damit an einer vP für die Inspektionen zu verneinen. Eine derartige Einrichtung zahlreicher neuer, herstellereigener Werkstätten ist jedoch heute bei dem dichten Netz bestehender Reparaturbetriebe nicht mehr möglich. Sie würde auch eine zu starke finanzielle Belastung der Firmen bedingen. Die jetzigen Vertragswerkstätten könnten nur vereinzelt zu herstellereigenen Betrieben umgewandelt werden, weil sie in der Mehrzahl ihre Selbständigkeit nicht aufgeben würden. Somit müssen die Automobilhersteller sich mit der Aufrechterhaltung und möglichen Erweiterung des Netzes von Vertragswerkstätten begnügen.

Die Inspektionen durch Vertragswerkstätten sind also bedeutsam für den Absatz der Automobile und damit zur Erhaltung des Markenwerts für den

Hersteller von Interesse. Mit dieser Feststellung ist aber noch nicht entschieden, daß auch die vom Hersteller vorgeschriebene Preisgleichheit der Serviceleistungen für den Absatz wichtig ist. Ob also die vP für Inspektionsarbeiten zur Erhaltung des Markenwerts beitragen kann, muß noch geprüft werden.

Die Bedeutung des Wartungsdienstes für den Absatz von Kraftfahrzeugen wurde darin gesehen, daß für den Käufer die Betreuungsmöglichkeit für sein Auto durch Fachleute der Vertragswerkstätten beim Kauf bedeutsam ist. Hierauf zielt auch die Werbung mit der Serviceeinrichtung ab. Für den Kaufentschluß des Kunden wird aber nur in ganz wenigen Fällen die Tatsache wesentlich werden, daß die Inspektionen in jeder Vertragswerkstatt seiner Marke zu einheitlich festgesetzten Preisen vorgenommen werden. Oft wird diese vP dem Autokäufer angenehm sein, weil er überall vor überhöhten Inspektionspreisen gesichert ist. Dieser Vorteil kommt den meisten Fahrern aber beim Kauf und auch später nicht zu Bewußtsein, weil sie alle Inspektionen in derselben, ihnen bekannten und als vertrauenswürdig angesehenen Vertragswerkstatt ausführen lassen.

Bei dem dichten Netz von Vertragswerkstätten wird der Kunde zudem kaum durch eine monopolistische Preisüberhöhung für Inspektionen betroffen werden und daher auch beim Kauf des Autos und bei der Bewertung des Servicesystems nicht daran denken.

Andere materielle Vorteile bringen die gebundenen Servicepreise dem Autofahrer nicht. Sie sind keine Vorzugspreise, sondern kalkulierte Durchschnittspreise, die je nach Lage und Einrichtung des einzelnen Reparaturbetriebes über oder unter dessen Preisniveau liegen. Wenn der Kunde die Festpreise auch als Vorzugspreise werten mag, so wird dadurch doch seine Wahl der Automarke kaum einmal entscheidend beeinflusst werden. In diesem Zusammenhang kann auch vermerkt werden, daß die Autofirmen zwar mit ihrem gut ausgebauten Wartungsdienst werben, die Einheitlichkeit der Inspektionspreise dabei aber kaum erwähnen. Als wesentliches Werbemoment erscheint die überall gute Betreuung durch ausgebildete Fachleute, nicht die Preisgleichheit für die-
se Betreuung.

Dies alles zeigt, daß die Freiheit oder Gebundenheit der Inspektionspreise für den Absatz der Kraftfahrzeuge einer bestimmten Marke keine

wesentliche Bedeutung besitzt. Nicht die vP für die Wartungsarbeiten, sondern lediglich die Einrichtung eines Kundendienstes mit Anspruch auf regelmäßige Inspektionen vermag den Absatz an den Verbraucher zu beeinflussen.

Für den Absatz von Markenartikeln ist auch das Interesse der Händler am Vertrieb der betreffenden Ware wichtig. Da bei einer vP die Preisschleuderei verboten ist, bleiben die Einzelhändler am Absatz preisgebundener Markenartikel interessiert. Sie brauchen keine Preisunterbietung durch wirtschaftlich stärkere Konkurrenten zu befürchten. Damit bietet sich bei vP für den Markeninhaber die Möglichkeit, überall Händler für den Vertrieb seines Erzeugnisses zu gewinnen. Auch aus diesem Gesichtspunkt entspricht die vP dem Interesse der Markenartikel-Hersteller am optimalen Absatz ihrer Erzeugnisse. Nun ist der Inhaber einer Vertragswerkstatt häufig auch Händler der betreffenden Automarke. Die vP für Kundendienst-Inspektionen kann ihm aber nicht die Aussicht auf sicheren Absatz der Wagen erhalten. Das Verbot der Preisschleuderei bei Inspektionspreisen steht in keinem Zusammenhang mit dem Vertrieb der Automobile. Die Situation ist hier eine völlig andere als in dem Fall, in dem ein Händler einen Artikel nicht mehr führen will, weil er ihn wegen Preisunterbietung der Konkurrenz nicht verkaufen kann. Das Interesse des Autohändlers am Verkauf der Wagen wird nicht dadurch berührt, ob die Preise für Inspektionsarbeiten einheitlich festgesetzt werden oder ob die Konkurrenzwerkstatt die Wartungsdienstpreise niedriger berechnet. Das Vertriebsnetz des Autofabrikanten wird also durch freie Inspektionspreise nicht verkleinert. Auch in dieser Richtung läßt sich kein Einfluß der vP für Inspektionsarbeiten auf den Absatz von Kraftfahrzeugen feststellen.

Man könnte höchstens daran denken, daß Autohändler und Inhaber von Vertragswerkstätten, denen bei ungebundenen Inspektionspreisen die Wartungsdienstkunden durch Preisunterbietung von Konkurrenzbetrieben abgeworben werden, die vP für Inspektionen zur Bedingung eines weiteren Vertriebes der betreffenden Automarke machen. Würde der Autohersteller in diesem Fall die Servicepreise nicht einheitlich festlegen, so verlöre er Vertriebsstellen. In der Praxis erwächst daraus jedoch keine Gefahr für den Absatz von Kraft-

fahrzeugen. Um eine Anerkennung als Vertragswerkstatt einer Automarke bemühen sich stets zahlreiche Reparaturbetriebe. Die Autofirma könnte also dem die vP Fordernden den Vertrag kündigen und die entstehende Lücke im Netz ihrer Vertragswerkstätten mühelos wieder schließen. Ebenfalls findet sich jederzeit ein Händler, der den Verkauf einer Automarke übernehmen möchte. Zudem zieht eine Vertragswerkstatt nicht so sehr aus den Inspektionen als aus anderen Reparaturen an Wagen ihres Vertragstyps ihren Betriebsgewinn.^{51a)} Es bedeutet auch eine recht sichere Existenzgrundlage, Vertragshändler einer Automarke zu sein. Daher wird in der Praxis kein Autohändler und Werkstattbesitzer den weiteren Vertrieb seiner Vertragsfirma gegenüber davon abhängig machen, daß für die Inspektionen die Preise vertikal gebunden werden. Sollte es dennoch vorkommen, so kann der Fabrikant leicht eine neue Vertriebsstelle schaffen und so die Gefahr für den Absatz seiner Produktion beseitigen.

Bei der vP von Markenwaren entspricht es weiter den Interessen des Herstellers, daß der Vertrieb rationalisiert und automatisiert werden kann, weil die Preise fest und beständig sind. Zudem können bei gleichmäßigem Absatz die Fabrikationsanlagen voll ausgenutzt werden.⁵²⁾

51a) Eine namhafte Vertragswerkstatt gab die Zahl der Inspektionsaufträge innerhalb der 375 Aufträge eines Monats mit 100 (ca. 26 %) an, eine andere hatte ca. 40% der Gesamtdurchgänge als Aufträge, bei denen Wartungsdienstschecks abgegeben wurden. Dabei mußten Reparaturen von Fehlern, die bei der Inspektion gefunden wurden und deren Behebung nicht im Scheck aufgeführt war, gesondert gezahlt werden. Eine dritte Vertragswerkstatt gab die Zahl der Inspektionsaufträge mit ca. 32 % der Gesamtdurchgänge an. Preismäßig machten diese Inspektionsarbeiten aber in allen drei befragten Betrieben höchstens 20 % aus, gewinnmäßig noch weniger, da die Inspektionspreise häufig im Verhältnis zur aufgewandten Arbeitszeit zu niedrig angesetzt sind. Der Ertrag des angeschlossenen Autoverkaufsgeschäfts ist bei diesen Prozentsätzen noch nicht berücksichtigt.

52) Gold, S. 46; Schär, S. 22; Rösing, S. 109 und S. 128 (2b).

Die vP für Inspektionsarbeiten kann die Produktions- und Vertriebsform der Automobile nicht beeinflussen. Unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Vertriebs und der optimalen Ausnutzung der Fabrikationsanlagen kann die vP für Wartungsdienstarbeiten also den Automobilhersteller nicht interessieren. Auch in diesem Zusammenhang läßt sich daher keine Gleichheit der Interessenlagen feststellen.

Weiterhin ist der Hersteller von Markenwaren an einer Kontrolle der Wiederverkaufspreise - die er durch vP erreicht - interessiert, weil er durch Angabe seiner Marke die Verantwortung für Güte, Ausstattung und Werbung übernommen hat.⁵³⁾ Der Autofabrikant stellt für die Vertragswerkstätten sein Markenzeichen, etwa das VW-Symbol oder den Mercedesstern, zur Verfügung. Die Reparaturbetriebe werden durch Inschriften, Licht- und Bildreklame auffallend als Vertragswerkstätten bestimmter Marken kenntlich gemacht. Für die Qualität der unter seiner Marke ausgeführten Inspektionsarbeiten trägt der Autohersteller jedoch keine Verantwortung. Gelegentlich werden zwar die Monteure der Vertragswerkstätten durch das Herstellerwerk in Fachlehrgängen besonders ausgebildet. Die Kunden rechnen aber die Güte des Wartungsdienstes stets nur der jeweils in Anspruch genommenen Werkstatt zu, nicht dem Fabrikanten ihres Autotyps. Auch die Vertragswerkstätten sind trotz Ausstattung mit der Automarke in der Werbung der Kunden selbständige Betriebe. Für die Qualität der dort geleisteten Arbeit machen die Fahrer die Autofirma nicht verantwortlich. Unter dem Gesichtspunkt der Gütegarantie kann also kein Interesse des Autoherstellers an der vP für die Kundendienst-Inspektionen anerkannt werden.

Wenn der Autofabrikant einem Reparaturbetrieb als Vertragswerkstatt seine Marke zur Verfügung stellt, so hat die Werkstatt dadurch gewisse Vorteile gegenüber ihren Konkurrenten. Sie bekommt das Inspektionsmonopol. Auch bezüglich der sonstigen Reparaturen vergrößert sich ihr Kundenkreis gegenüber gewöhnlichen Werkstätten. Denn jeder Autobesitzer vertraut seinen Wagen am liebsten einer Fachwerkstatt an. Deswegen könnte man dem Hersteller das Recht zugestehen, als Gegenwert für die "Teilabtretung" seiner Marke die Preise für die Inspektionsarbeiten vorschreiben zu dürfen. Die Herstellerfirma hat je-

53) Baumbach-Hefermehl, zu § 16 GWB, Anm. 10

doch aus dem Bestehen des Wartungsdienstes Vorteile für den Absatz ihrer Automobile. Sie stattet die Vertragswerkstätten im eigenen Interesse mit ihrem Markenzeichen aus. Die Vertragswerkstätten arbeiten unter der Marke für eigenen Gewinn, aber wesentlich auch zum Nutzen des Markeninhabers. Ein für den Absatz werbendes Service-System wäre nicht aufzubauen, wenn die Reparaturbetriebe nicht mit dem Markenzeichen der Autofirmen als Vertragswerkstätten kenntlich gemacht wären. Man kann daher nicht sagen, daß den Autofirmen ein Einfluß auf die Preise der Inspektionen zugebilligt werden muß, weil sie ihre Marke der Vertragswerkstatt als selbständigem Dritten zu dessen eigenem Gewinnstreben zur Verfügung stellen.

Schließlich liegt die vP bei Markenwaren im Interesse der Hersteller, weil die Marke für Qualität bürgt und bei schwankenden Preisen die Kunden bezüglich der Qualitätsgleichheit mißtrauisch werden können.⁵⁴⁾

Bei Inspektionsarbeiten rechnet der Kunde die Güte der Arbeit aber gar nicht dem Autofabrikanten als Preisbinder zu, sondern der Werkstatt. Bei gewerblichen Leistungen ist es der Verbraucher gewöhnt, daß jede Werkstatt ihre eigenen Preise macht. Zwar würde der Kunde sich eventuell eine billigere Werkstatt suchen. Die nicht gebundenen Preise für Inspektionsarbeiten würden aber den Käufer über den Wert des Autos - also des Erzeugnisses des Preisbinders - nicht mißtrauisch machen und für den Absatz keine Nachteile bringen.⁵⁵⁾

Die Hersteller von Markenwaren haben also gewisse Interessen an der vP für ihre Erzeugnisse. Bei den Automobilfabrikanten dagegen sind lediglich Interessen am Aufbau und Bestehen eines Wartungsdienstes nachzuweisen. Die Einheitlichkeit der Kundendienstpreise wirkt sich jedoch nicht absatzsteigernd aus und bringt auch keine anderen erkennbaren Vorteile für die Hersteller. Daher kann kein Interesse der Automobilfirmen an einer vP für Kraftfahrzeug-Inspektionen anerkannt werden, das dem Interesse des Preisbinders bei vP für Markenartikel vergleichbar ist.

54) Lutz in MA 1957, S. 377 f; Röper, S. 80 unter 4.

55) So hat Mercedes-Benz das Preisbindungssystem für Inspektionsarbeiten nicht eingeführt.

bb) Interesse der Händler

Auch die Mitglieder der gebundenen Wirtschaftsstufe ⁵⁶⁾ sind an der vP von Markenwaren interessiert, weil dieses System ihnen gewisse Vorteile bringt.

Vor allem sind die sicheren Gewinnspannen für die Händler von Bedeutung. Diese Spannen bleiben bei einer vP konstant, weil der Preiswettbewerb ausgeschaltet ist. Gegen zu geringe Spannen können sich die Händler wehren, indem sie darauf verzichten, den preisgebundenen Artikel in ihr Sortiment aufzunehmen. ⁵⁷⁾

Der Festpreis für den Wartungsdienst ist von den Autofirmen als Durchschnittspreis kalkuliert. Durch die vP für Inspektionsarbeiten sind daher nur die Werkstätten bevorzugt, die durch rationelles Arbeiten die Inspektion schnell erledigen können und so einen relativ hohen Gewinn erzielen, oder die wegen besonderer Umstände - z.B. Lage in armer Gegend, scharfe Konkurrenz - nicht den festgesetzten Preis im freien Wettbewerb fordern können. Andererseits müssen viele Werkstätten auf möglichen höheren Gewinn verzichten oder sogar - z.B. bei hohem Lohnspiegel - die Inspektion zu unwirtschaftlichen, aber festgesetzten Preisen durchführen. Dagegen läßt sich nicht einwenden, daß bei den Händlern von Markenartikeln dieselbe Situation gegeben sein kann. Der entscheidende Unterschied in diesem Zusammenhang besteht darin, daß die Händler sich gegen die vP mit unrentablen Handelsspannen wehren können, die Vertragswerkstätten aber nicht. Die Händler von Markenwaren führen regelmäßig viele Artikel in ihrem Sortiment. Sie können auf den Vertrieb eines bestimmten Artikels meist ohne wirtschaftliche Gefährdung verzichten, wenn die Gewinnspanne bei gebundenen Preisen ihnen zu niedrig erscheint. Die Inhaber von Vertragswerkstätten sind in der Regel zugleich Händler der betreffenden Automarke. Im Autohandel führt ein Händler meist nur eine oder ganz wenige Marken. Ein Wechsel der Vertragsmarke ist für den Autohändler bei dem ausgebauten Vertriebsnetz nahezu unmöglich. Somit ist der Händler vom Hersteller des von ihm vertriebenen Autotyps wirtschaftlich stark abhängig. Bei

56) Groß-, Zwischen- und Einzelhändler können hier zusammen betrachtet werden.

57) Röper, S. 80; Mellerowicz, S. 96; Zondler, S. 87.

Verweigerung der Inspektion zum gebundenen Preis muß der Inhaber der Vertragswerkstatt Nachteile für seine Händlerstellung seitens des Fabrikanten befürchten. Im Gegensatz zum Händler mit reichhaltigem Sortiment von Massenartikeln kann sich der Werkstattbesitzer also kaum gegen die Festlegung von Inspektionspreisen durch den Automobilhersteller wehren.

Mit der Anerkennung als Vertragswerkstatt bekommt ein Reparaturbetrieb - wie schon dargelegt - einen festen und gegenüber gewöhnlichen Reparaturwerkstätten vergrößerten Kundenkreis. Aus dieser Tatsache läßt sich jedoch kein Interesse der Inhaber von Vertragswerkstätten an der vP für Inspektionen herleiten. Die Vorzugsstellung einer Vertragswerkstatt hängt überhaupt nicht mit den einheitlichen Preisen des Wartungsdienstes zusammen. Durch den gebundenen Festpreis wird die Anzahl der Inspektionen und der Kunden nicht beeinflusst.

Die vP für Kundendienst-Inspektionen liegt also nur zum geringen Teil im Interesse der Gebundenen.

Zugunsten der Händler von Markenartikeln wird der Konkurrenzdruck auf ihrer Verteilungsstufe durch die vP beschränkt ⁵⁸⁾ und kapitalschwachen Betrieben Schutz gewährt. ⁵⁹⁾

Das trifft für die vP bei Inspektionsarbeiten auch zu, so daß insoweit eine Gleichheit der Interessenlage festzustellen ist. Allerdings muß beachtet werden, daß die Inspektionen nur einen Bruchteil der in einer Reparaturwerkstatt ausgeführten Arbeiten ausmachen. Sie erscheinen daher nur als geringer Posten in der Betriebsbilanz. ^{59a)} Die Preiskonkurrenz bezüglich der Inspektionsarbeiten würde keine Vertragswerkstatt wirtschaftlich vernichten. Auch in den Vertragswerkstätten bringen gegenüber dem Wartungsdienst die erheblich teureren Reparaturen den größten Teil des Betriebsgewinns. Diese Reparaturen aber werden zu freien Preisen ausgeführt, so daß hierfür die Konkurrenz allgemeiner Reparaturbe-

58) Rösing, S. 117; Gold, S. 49.

59) Lutz in MA 1957, S. 377 ff, Schär, S. 24.

59a) Innerhalb der Werkstattarbeiten mit höchstens 20% angegeben. Beigeschlossenem Autohandel liegt dieser Prozentsatz noch viel niedriger. (Vgl. dazu oben S. 25, Anm. 51a)

triebe oder anderer Vertragswerkstätten derselben Marke bestehen bleibt. Kann eine Vertragswerkstatt auf Grund dieser Konkurrenz nicht existieren, so können auch die gebundenen Inspektionspreise sie nicht wettbewerbsfähig erhalten. Im Handel mit Markenartikeln ist die Situation anders. Es sind heute sehr viele Markenartikel auf dem Markt; die meisten davon sind preisgebunden. Die Markenwaren machen oft den Großteil des Sortiments eines Händlers aus, z.B. im Rundfunk-, Elektro- oder Fahrradhandel. Bei dieser Marktlage fällt der Anteil der Markenartikel am Gesamtumsatz eines Händlers kapitalmäßig recht erheblich ins Gewicht. Der Gewinnanteil aller umgesetzten preisgebundenen Markenartikel am Gesamtgewinn kann so für die wirtschaftliche Existenzfähigkeit eines Händlers ausschlaggebend sein. Für ihn ist die Beschränkung des Konkurrenzdrucks durch vP also viel bedeutsamer als für den Inhaber einer Vertragswerkstatt. Daher hat der Verkäufer von Markenwaren ein weitaus größeres Interesse an der vP als der Inhaber einer Vertragswerkstatt.

Als weitere Vorteile der vP für den Händler von Markenwaren werden genannt, daß die Lagerhaltung durch die Stetigkeit der Konsumtion von eingeführten Markenartikeln verbessert und der Verkaufsvorgang beschleunigt wird.⁶⁰⁾ Die Kalkulation wird dem Händler erleichtert und sein Absatzrisiko vermindert.⁶¹⁾

Diese Gesichtspunkte beziehen sich allesamt auf Markenwaren in ihrer Eigenschaft als Güter des Massenkonsums und raumfüllende Sachen. Die Zahl der Inspektionen wird durch einheitliche Festsetzung der Wartungsdienstpreise nicht beeinflusst. Insoweit kann der Inhaber einer Vertragswerkstatt bei vP also nicht leichter kalkulieren, ihm wird auch nicht das Risiko fehlender Inspektionsaufträge abgenommen. Allerdings ist zu beachten, daß bei Inspektionen häufig kleinere Reparaturen ausgeführt werden und dafür Originalersatzteile benötigt werden. Diese werden in der Praxis dem Kunden unabhängig von den Servicepreisen in Rechnung gestellt, wobei allerdings auch die Ersatzteilpreise regelmäßig vom Werk vertikal gebunden sind.⁶²⁾ In Verbindung mit den Inspektionen kann der

60) Rösing, S.119f; Lutz in MA 1954, S. 539 ff (548).

61) Lutz in MA 1954, S. 548; Baumbach-Hefermehl, zu § 16 GWB, Anm.10.

62) Die vP für Kraftfahrzeug-Ersatzteile machen den größten Teil aller beim BKA angemeldeten vP aus. Vgl. die Zahlen in Anm.1 auf S. 1.

Werkstattbesitzer also daran interessiert sein, Umfang und Ergänzung seines Ersatzteillagers im voraus kalkulieren zu können und bezüglich der Ersatzteile vor Absatzschwierigkeiten gesichert zu sein. Diese Interessen hängen aber lediglich mit der Zahl der Inspektionsaufträge zusammen. Wie schon mehrmals betont, wird diese Zahl durch die Festsetzung einheitlicher Servicepreise nicht beeinflusst. Daher kann der Werkstattbesitzer zwar an der Einrichtung eines Wartungsdienstes interessiert sein, nicht aber an einer vP für die Inspektionspreise.

Es zeigt sich also, daß auch die Mitglieder der gebundenen Wirtschaftsstufe -Händler von Markenartikeln bzw. Inhaber von Vertragswerkstätten - in ganz verschiedenem Maß an der ihnen auferlegten Preisbindung interessiert sind. Der Markenartikelhändler erhält durch vP einen Schutz vor übermächtigem Konkurrenzdruck und kann die Lagerhaltung und den Verkaufsvorgang beschleunigen; die sichere Handelsspanne ermöglicht dem Händler eine gute Kalkulation. Die Inhaber von Vertragswerkstätten dagegen müssen die Wartungsdienstpreise oft als Einschränkung ihrer gewerblichen Unternehmerfreiheit empfinden, zumal sie sich in viel geringerem Maße als die Markenwarenhändler dagegen wehren können; die Beschränkung des Konkurrenzdrucks ist für sie nicht so wichtig, so daß sie ein wesentlich geringeres Interesse an der vP für ihre gewerblichen Leistungen haben müssen.

cc) Interessen der Kunden

Schließlich sollen die Gesichtspunkte herausgestellt werden, aus denen sich die Interessen der Endverbraucher an einer vP ergeben.

Bei gebundenen Preisen für Markenartikel wird der Markt übersichtlich. Der Kunde kann besser als bei freien Preisen vergleichen und zu gleichem Preis an jedem Ort und zu jeder Zeit schnell einkaufen, ohne erst die billigste Bezugsquelle erkunden zu müssen. ⁶³⁾ Dabei ist der Käufer frei vom einzelnen Händler und daher vor einer Ausnützung durch lokale Monopolstellung des Händlers geschützt. ⁶⁴⁾

63) Baumbach-Hefermehl, zu § 16 GWB, Anm.10; Rösing, S.122; Huppert, S.30f; Röper, S.90; Lutz in MA 1954, S. 539 ff (564).

64) Mellerowicz, S.112; Lutz, S.24; Röper, S. 184.

Das trifft bei der vP für Inspektionsarbeiten ebenfalls zu. Der Autobesitzer ist sicher, überall die Inspektion zum festgesetzten Preis ausgeführt zu bekommen. Deshalb streben die Autofirmen auch ein dichtes Netz von Vertragswerkstätten an und werben damit.

Der feste Preis bei Markenartikeln erleichtert den Kunden weiterhin die Aufstellung des Haushaltsplanes und die Disposition des verfügbaren Geldes auf längere Sicht.⁶⁵⁾

Auch hier decken sich die Interessen des Käufers von Markenwaren und des Autobesitzers. Zwar wird dieser Gesichtspunkt vor allem bei den Konsumgütern des täglichen Bedarfs bedeutsam, doch empfindet es auch der Autofahrer als Vorteil, den Inspektionspreis in die Kalkulation des nächsten Monats oder der Ferienreise einplanen zu können.

Schließlich bewirkt die vP bei Markenwaren in der Meinung des Verbrauchers eine Art Qualitätsgarantie.⁶⁶⁾ Durch die Marke oder das Herkunftszeichen tritt der Hersteller mit dem Kunden direkt in Verbindung. Er setzt den Preis fest und garantiert damit die gleichbleibende Güte seiner Erzeugnisse.

Unter diesem Gesichtspunkt allerdings läßt sich kein Interesse des Autobesitzers an den festen Preisen für Inspektionen nachweisen. Wie bereits oben⁶⁷⁾ gezeigt, verbindet der Kunde nicht sein Urteil über die Marke des Autos mit seiner Ansicht über die Qualität der Inspektionsarbeiten. In seinen Augen garantiert der Fabrikant mit der Preisbindung nicht eine gewisse Qualität der ausgeführten Detailarbeiten. Die Güte der gewerblichen Leistung wird vielmehr allein der ausführenden Werkstatt zugerechnet.

- dd) Wenn man also die vP bei Markenwaren und bei Inspektionsarbeiten in der Kraftfahrzeugindustrie bezüglich der Interessen der beteiligten Wirtschaftsstufen vergleicht, so läßt sich feststellen: Der Käufer von Markenartikeln und der Kunde der Inspektionsarbeiten haben weitgehend die gleichen Interessen an der vP. Bei den Preisbindern und bei den Mitgliedern der gebundenen Wirtschaftsstufe, also den Händlern von Mar-

65) Rösing, S. 125; Röper, S. 184.

66) Schär, S. 41; Mellerowicz, S. 112; Rösing, S. 124.

67) S. 19 u. S. 27 Mitte.

kenartikeln bzw. den Inhabern von Vertragswerkstätten, lassen sich beim Vergleich der Interessenlage jedoch entscheidende Unterschiede feststellen. Ähnliche Interessen wie bei Herstellern und Händlern an der vP für Markenwaren findet man zwar bei Automobilherstellern und Vertragswerkstattbesitzern am Wartungsdienstsystem. Diese Interessen beziehen sich aber nur darauf, daß ein Service überhaupt besteht. An einheitlicher Festlegung der Kundendienstpreise und damit an der vP für Inspektionsarbeiten lassen sich dagegen fast keine Interessen der Beteiligten nachweisen, die den Interessen der Hersteller oder Händler an der vP für Markenartikel entsprechen.

Die Interessenlage bei den Beteiligten ist also so wenig gleichartig, daß eine analoge Anwendung der Vorschriften über die vP bei Markenwaren (§ 16 GWB) auf die vP gewerblicher Leistungen in Form der Kundendienstinspektionen in der Kraftfahrzeugindustrie sich nicht rechtfertigen läßt.

IV. Aus der vorstehenden Untersuchung ergibt sich:

Nach dem Wortlaut des § 16 GWB ist nur für Markenwaren eine Ausnahme vom generellen Verbot der vP, das in § 15 GWB aufgestellt ist, gemacht worden. Direkt kann § 16 GWB also nicht auf die vP gewerblicher Leistungen angewandt werden. Eine entsprechende Anwendung mittels eines Analogieschlusses muß für die praktisch wichtige Form der vP bei Inspektionsarbeiten in der Kraftfahrzeugindustrie verneint werden.⁶⁸⁾ Ob bei anderen gewerblichen Leistungen die vP analog § 16 GWB zugelassen werden kann, ist damit weder bejaht noch ausgeschlossen. Man kann den oben herausgearbeiteten Interessenvergleich nicht generell auf jede Art gewerblicher Leistungen übertragen. Vor allem die wesentlichen Interessen auf der preisbindenden Herstellerstufe und der gebundenen Händlerstufe können z.B. beim Verlegen von Linoleum anders sein als beim Wartungsdienst für Kraftfahrzeuge. Vor allem bei der Frage der Absatzbeeinflussung durch vP oder der Möglichkeit, sich gegen die vP zu wehren, kommt es wesentlich auf die Struktur des gebundenen Unternehmens und auf die Branche an, in der die gewerblichen Leistungen ausgeführt

68) Vgl. aber Fischers Versuch, diese verkehrstechnisch wichtigen Arbeiten zu gebundenen Preisen auch kartellrechtlich zu rechtfertigen, in Betrieb 1958, S. 887 ff.

werden. Man kann die Zulässigkeit der analogen Anwendung des § 16 GWB auf vP gewerblicher Leistungen also nur für jeden Einzelfall einer solchen vP untersuchen, indem die Interessen auf den beteiligten Wirtschaftsstufen mit den oben dargestellten Interessen der beim Vertrieb von beteiligten Hersteller, Händler und Verbraucher verglichen werden.

Gegenwärtig ist im Geltungsbereich des GWB außer der vP für Kraftfahrzeuginspektionen kein praktischer Fall einer vP für gewerbliche Leistungen ersichtlich. Eine Untersuchung weiterer Einzelfälle müßte daher theoretische Beispiele zugrundelegen. Mit solchen Modellfällen läßt sich aber kein wirklichkeitsnaher Interessenvergleich durchführen, weil u. a. alle Angaben darüber fehlen, in welchem Maße die vP für die gewerblichen Leistungen die Unternehmen der Preisbinder oder der Gebundenen beeinflussen.

Die vorliegende Arbeit begnügt sich aus diesem Grunde damit, den Weg für die Behandlung der vP gewerblicher Leistungen im Rahmen des § 16 GWB aufgezeigt zu haben und für die gegenwärtig allein wichtige Form der vP für Inspektionen in der Kraftfahrzeugindustrie die analoge Anwendung des § 16 GWB abgelehnt zu haben.

§ 3 Preisbindung für Fertigerzeugnisse durch den Hersteller von Teilstücken oder Halbfabrikaten

1. Nach § 16 GWB darf ein Hersteller nur die Preise für "seine" Markenwaren vertikal binden. Im Wirtschaftsleben kommt nun häufig der Fall vor, daß ein Unternehmen nur wesentliche Bestandteile eines Artikels als Teilstück oder Halbfabrikat herstellt oder ein Erzeugnis nicht völlig marktfertig macht, sondern die völlige Fertigstellung einem anderen selbständigen Unternehmen überläßt, aber selbst den Preis für das Fertigerzeugnis binden will. Ein Beispiel dafür ist, daß eine Brauerei ihr Markenbier in Fässern vertreibt und selbständige Abfüllbetriebe es in Flaschen umfüllen. Die Brauerei will dann die Preise für das unter ihrer Marke verkaufte Flaschenbier binden. ⁶⁹⁾

Aus dieser Situation ergibt sich das Problem, unter welchen Voraussetzungen man ein Erzeugnis als Markenware eines Unternehmers ansprechen darf, wenn mehrere Betriebe an der Fertigstellung des Artikels beteiligt sind. Das marktfertige Endprodukt kann mit einer Marke gekennzeichnet sein, die bereits der Hersteller des Halbfabrikats für sein Erzeugnis verwendet. ⁷⁰⁾ Es ist aber auch möglich, daß erst das Fertigerzeugnis mit einer Marke versehen wird und diese Marke nur auf einen der beteiligten Produzenten hinweist.

Zur Lösung des dargestellten Problems kann eine Entscheidung des Streites, ob nur konsumreife Fertigfabrikate als bindungsfähige Markenwaren anzusehen sind ⁷¹⁾ oder ob auch Rohprodukte und Halbfabrikate als Markenwaren i. S. des § 16 GWB zu gelten haben, ⁷²⁾ nicht beitragen. Hier wird gerade in der Fragestellung vorausgesetzt, daß die preisgebundenen Waren Fertigfabrikate sind. Problematisch ist nur, ob der nicht an der endgültigen Fertigstellung beteiligte Unternehmer als Preisbinder des Endprodukts auftreten darf.

69) angeführt bei Baumbach-Hefermehl, zu § 16 GWB, Anm. 31; Schwartz in M-H-S, § 16 GWB, Anm. 14.

70) z. B. trägt eine Stoffart die Marke "Ninoflex"; die daraus hergestellten Mäntel werden ebenfalls mit dieser Marke gekennzeichnet. Siehe auch das Brauereibeispiel im Text.

71) Rösing, S. 32; Röper, S. 63; Mellerowicz, S. 4.

72) So die h. M.: Mayer-Wegelin, § 16 GWB Anm. 2; Schwartz in M-H-S,

Das Problem der Zulässigkeit einer vP für Fertigerzeugnisse durch den Hersteller eines Halbfabrikats erschöpft sich jedoch nicht in der Frage, ob das Endprodukt als Markenware des Preisbinders i.S. des § 16 GWB anzusehen ist. Wenn neben dem Preisbinder noch ein anderer Unternehmer an der Fertigstellung des Endprodukts mitarbeitet, so ist im Marktpreis des Fertigerzeugnisses auch das Entgelt für die gewerbliche Leistung dieses anderen Unternehmers enthalten. Es ist daher im folgenden auch zu untersuchen, ob der Hersteller des Halbfabrikates nicht eine nach § 15 GWB unzulässige vP gewerblicher Leistungen vornimmt.

- II. In Rechtslehre und Rechtsprechung ist die Zulässigkeit einer vP für Fertigerzeugnisse durch den Hersteller des Halbfabrikats umstritten. Zur Begründung der unterschiedlichen Meinungen werden verschiedene Gesichtspunkte angeführt.
- 1a) Der Bundesgerichtshof hat in einem Fall - wie auch das Reichsgericht fast 30 Jahre vorher ⁷³⁾ - entschieden, daß eine derartige vP unzulässig sei, weil nicht nur das Entgelt für das vom preisbindenden Hersteller gelieferte Halbprodukt, sondern auch der Preis für dessen Bearbeitung im festgesetzten Endverbraucherpreis stecke. Der Preisbinder greife auf Gebiete über, auf denen der fertigstellende Verarbeiter sonst hinsichtlich der Preisgestaltung frei sei. Es liege daher zum Teil eine vP gewerblicher Leistungen vor, die unzulässig sei. ⁷⁴⁾

Forts.d. Anm. 72)

§ 16 Anm. 30; Baumbach-Hefermehl, zu § 16 GWB Anm. 31; Müller-Gries, § 16 Anm. 15; Rasch, §§ 16/17, Anm. 4; BKA im Jahresbericht 1958, BT-Drucksachen 3. Wahlp., Nr. 1000, S. 52.

73) RGZ 154, S. 50 ff (55).

74) BGH in WRP 1958, S. 284=WuW 1959, S. 62. Die oben wiedergegebene Begründung für die Unzulässigkeit der vP wurde vom BGH nur als obiter dictum angeführt, weil die Entscheidung bereits durch andere Gründe getragen wurde.

- b) Auch die Kartellreferenten der Länder haben als Ergebnis ihrer Arbeitstagung vom 11.3. 1957 in Bonn festgehalten: ⁷⁵⁾

"Der Endverkaufspreis einer Ware darf durch den Hersteller des Vorproduktes auch dann nicht gebunden werden, wenn das Vorprodukt der Ware die für den Kaufentschluß des Verbrauchers ausschlaggebenden Eigenschaften verleiht, die Ware von selbständigen Unternehmen nach genauen Verarbeitungsanweisungen des Herstellers aus dem Vormaterial angefertigt und unter der Marke des Herstellers des Vorprodukts an den Verbraucher verkauft wird."

Eine Begründung für dieses Ergebnis wird nicht gegeben.

2. In der Rechtslehre wird jedoch vorwiegend die gegenteilige Ansicht vertreten.
- a) Dabei wird als entscheidender Gesichtspunkt von Schwartz hervorgehoben, daß das marktfähige Endprodukt unter der Marke des bindenden Unternehmens vertrieben wird, wenn es auch in dritten Betrieben nach den Vorschriften des Markeninhabers verkaufsfähig gemacht wird. Das bindende Unternehmen muß für die gleichbleibende Güte des Erzeugnisses einstehen, und der Verkehr muß das Endprodukt dem Markeninhaber zurechnen. Wenn die Hauptleistung des Preisbinders gegenüber der des gebundenen Verarbeiters überwiegt, soll es unbeachtlich sein, daß auch der Verarbeitungsanteil des gebundenen Unternehmens im Preis des Endprodukts enthalten ist. Auch die Händler-eigenschaft des Verarbeiters und die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse am Endprodukt sollen für das Ergebnis nicht entscheidend sein. ⁷⁶⁾
- b) Auch Hefermehl stellt für die Zulässigkeit einer derartigen vP-Entscheidung darauf ab, ob das Endprodukt unter der Marke des Preisbinders vertrieben wird und ob die gleichbleibende Güte vom Markeninhaber gewährleistet werden kann. ⁷⁷⁾

75) WuWE KRT Nr. 36 = WuW 1957, S. 674.

76) Schwartz in M-H-S, § 16 Anm.14.

77) Baumbach-Hefermehl, zu § 16 GWB Anm.31.

- c) Schließlich hat auch das BKA ein Fertigerzeugnis unter gewissen Voraussetzungen als Markenware des Preisbinders angesehen, auch wenn ein anderes Unternehmen erst das Endprodukt fertigstellte.⁷⁸⁾ Als Voraussetzungen nennt der Bericht des BKA, das vom Preisbinder gelieferte Teilstück müsse das preisgebundene Erzeugnis in Form und Funktion so weitgehend bestimmen, daß im Halbfabrikat die technische Gestalt und der wirtschaftliche Wert des Fertigerzeugnisses bereits festgelegt seien. Das BKA setzt weiter voraus, daß aus dem Halbfabrikat nur das preisgebundene Fertigfabrikat hergestellt werden kann, der Preisbinder Inhaber oder Lizenznehmer aller am Fertigfabrikat bestehenden Urheberrechte ist, durch umfangreiche Werbung das Fertigerzeugnis selbst zur Markenware gemacht hat und durch genaue Fabrikationsanweisungen die gleichbleibende Güte des Fertigerzeugnisses tatsächlich gewährleisten kann. Auch das BKA mißt den Eigentumsverhältnissen keine Bedeutung bei.

III. Wenn in diesem Streit der Meinungen Stellung bezogen werden soll, so müssen die beiden Fragen beantwortet werden, die bei der Problemstellung bereits aufgeworfen wurden und die in den Begründungen der Rechtsprechung und Rechtslehre die Hauptrolle spielen. Die erste ist, ob man überhaupt von der Markenware des Preisbinders sprechen kann, wenn er nur ein Teilstück dieses Markenartikels herstellt. Die zweite ist, ob diese vP nicht gegen § 15 GWB verstößt, weil auch das Entgelt für die gewerbliche Leistung des fertigstellenden Betriebes gebunden wird.

1. Zum Begriff der Markenware gehören bestimmte, in § 16 Abs. II GWB aufgeführte Merkmale. Markenwaren i. S. des § 16 GWB müssen mit einem ihre Herkunft kennzeichnenden Merkmal versehen sein. Außerdem muß ihre Lieferung in gleichbleibender oder verbesserter Güte vom preisbindenden Unternehmen gewährleistet werden. Diese Ausgestaltung des Markenwarenbegriffs in § 16 GWB hängt mit dem wirtschaftlichen Zweck dieser Bestimmung zusammen. Die vP für Markenartikel ist nur gerechtfertigt, wenn sie den Markenwert zu sichern vermag. Der wirtschaftliche Wert einer Marke wird davon beeinflusst, wie die Verbrau-

78) BKA im Tätigkeitsbericht 1959, BT-Drucks., 3. Wahlp. Nr. 1795, S. 36/37. Vgl. auch die Beispiele im Tätigkeitsbericht 1960 in BT-Drucksachen, 3. Wahlperiode, Nr. 2734, S. 40 unter "Seine Markenwaren".

braucher den mit dieser Marke gekennzeichneten Artikel schätzen. Wenn eine Ware am Markt mit einem Herkunftszeichen versehen ist und der so aus seiner Anonymität hervortretende Hersteller ihre gleichbleibende Güte garantiert, werden die Verbraucher sie lieber kaufen als einen anonymen Artikel. Aus diesem Zusammenhang erklärt es sich, daß der Gesetzgeber in § 16 Abs. II GWB für eine preisbindungsfähige Markenware Herkunftsbezeichnung und Gütegarantie fordert. Diese Merkmale muß das marktfertige Produkt zumindest besitzen, um überhaupt als Markenware des Preisbinders bezeichnet werden zu können.

- a) Eine Markenware i. S. des § 16 GWB muß zunächst ein ihre Herkunft vom preisbindenden Hersteller kennzeichnendes Merkmal tragen. Als solches Herkunftszeichen kommen nach § 16 Abs. II GWB Firmen-, Wort- und Bildzeichen in Betracht, wobei ein Firmenzeichen Wort- oder Bildzeichen sein kann. Um ein Warenzeichen oder eine Ausstattung nach § 25 WZG braucht es sich nicht zu handeln, wenn auch in der Praxis viele Marken i. S. des § 16 GWB zugleich den förmlichen Charakter gewerblicher Schutzrechte besitzen. Wesentlich ist für die Zulässigkeit der vP nur, daß die Marke die Herkunft des Artikels aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb angibt. Das Wort- oder Bildzeichen muß also dazu geeignet sein, den tatsächlichen Hersteller des markierten Erzeugnisses zu identifizieren. Sonst wäre eine wirksame Gütegarantie unmöglich.⁷⁹⁾ Da das Herkunftszeichen i. S. des § 16 GWB selbst kein gewerbliches Schutzrecht ist, sondern nur die Voraussetzungen für eine Qualitätsgarantie schaffen soll, kann man nicht danach fragen, wem es rechtlich zustehen muß; für die Marke i. S. des § 16 GWB bestehen keine Rechtsregeln wie etwa für Inhaberschaft, Verwertung und Übertragung eines Warenzeichens oder einer Ausstattung. Häufig besteht aber Identität von Herkunftszeichen nach § 16 GWB (im folgenden als Marke bezeichnet) und gewerblichem Schutzrecht nach dem WZG. Aus dieser Verknüpfung können sich Probleme für die Zulässigkeit der vP ergeben, wenn eine Rechtsübertragung bezüglich des Schutzrechts vorgenommen worden ist.⁸⁰⁾

79) Schwartz in M-H-S, § 16 Anm. 31; Rasch § 16 Anm. 4; Müller-Gries § 16 Anm. 16.

80) Dazu Baumbach-Hefermehl § 8 WZG Anm. 7 ff (Übertragung); Anhang zu § 8 Anm. 7 ff (Lizenz).

Diese Problematik soll kurz aufgezeichnet werden an dem Fall, daß die Marke zugleich eingetragenes Warenzeichen ist. Die Übertragung eines Warenzeichens ist nach § 8 WZG möglich. Sie ist mit der Übertragung des Geschäftsbetriebes verknüpft. Erfolgt eine solche gemeinsame Übertragung von Geschäftsbetrieb und Warenzeichen, so weist die Marke den neuen Inhaber des Betriebes richtig als Hersteller aus. In diesem Fall genügt diese Marke als Herkunftszeichen nach § 16 Abs. II GWB. Streitig ist im Warenzeichenrecht, ob der Inhaber eines Betriebes diesen in mehrere selbständige Betriebe teilen und das Zeichen nach Übertragung mit einem Betrieb für die ihm verbleibenden Betriebe fortführen kann. Bejaht man diese Möglichkeit, so wird das Zeichen in einem solchen Fall für die Betriebe verschiedener Inhaber gebraucht. Dieses Zeichen würde als Herkunftszeichen i. S. des § 16 GWB nur ausreichen, wenn es infolge seiner Gestaltung eindeutig auf den Betrieb hinweist, in dem der mit der betreffenden Marke versehene Artikel tatsächlich hergestellt worden ist. Das wird in der Praxis selten der Fall sein. Anstatt das Warenzeichen zu übertragen, kann der Inhaber einem Dritten daran auch ein Gebrauchsrecht (Lizenz) einräumen. Die ausschließliche Lizenz gibt dem Lizenznehmer das alleinige Benutzungsrecht, auch gegenüber dem Zeicheninhaber. Die einfache Lizenz gewährt ihm dagegen nur ein Benutzungsrecht neben dem Inhaber oder anderen Lizenznehmern. Auch bei einer Lizenzerteilung kommt es für die Zulässigkeit der vP nach dem Zweck des § 16 GWB nicht auf die Rechtsverhältnisse am Warenzeichen an. Entscheidend dafür, daß die Marke als Herkunftszeichen i. S. des § 16 GWB ausreicht, ist lediglich die Tatsache, ob aus der Markierung auf den wahren Hersteller des markierten Artikels geschlossen werden kann. Läßt die Marke infolge ihrer sprachlichen oder bildlichen Ausgestaltung und der tatsächlichen Produktionsverhältnisse eindeutig nur den preisbindenden Lizenznehmer als Hersteller des Markenartikels erkennen, so genügt sie als Herkunftszeichen dieses Unternehmers für seine vP. Bleibt jedoch für den Verbraucher trotz der Markierung zweifelhaft, ob auch der Inhaber des Warenzeichens oder - nur bei einfacher Lizenz - auch ein anderer Lizenznehmer anstelle des preisbindenden Lizenznehmers den Artikel hergestellt hat, so ist eine Voraussetzung des § 16 Abs. II GWB nicht erfüllt. Für die Eignung einer Marke als Herkunftszeichen i. S. des § 16 Abs. II GWB kommt es also nicht darauf an, wem die Marke

als gewerbliches Schutzrecht rechtlich zusteht. Abzustellen ist nur auf die tatsächliche Feststellung, ob das Zeichen die Herkunft des Markenartikels aus dem wahren Produktionsbetrieb erkennbar macht. Der Verbraucher muß die Identität des für die Güte eines Markenartikels garantierenden Herstellers erkennen können.

Eine andere Frage ist, ob nicht das durch § 16 GWB anerkannte Interesse des Preisbinders, durch vP den Markenwert und seine erkämpfte Marktposition zu erhalten, zu verneinen ist, wenn die Marke als Warenzeichen rechtlich einem anderen zusteht. So ist es denkbar, daß ein Unternehmer seinem Zeichen auf dem Markt Geltung verschafft hat und dann das Zeichen mit dem Betrieb überträgt oder durch Lizenzerteilung einem Dritten den Gebrauch gestattet. In diesem Fall hat zwar der neue Inhaber oder Lizenznehmer das Zeichen nicht bekannt gemacht. Er hat aber für die Überlassung einen Gegenwert gezahlt und sich so in gewissem Sinn auch die mit dem Zeichen verbundene Marktposition erworben. Für die Zukunft ist er als neuer Inhaber allein, als Lizenznehmer neben dem Inhaber daran interessiert, den Wert der Marke zu erhalten. Denn dieser erkaufte Wert der Marke beeinflußt den Absatz seiner Produktion und damit seine zukünftige Marktstellung. Als Hersteller des Markenartikels kann daher einem neuen Inhaber oder Lizenznehmer der Marke das Interesse an der Erhaltung des Markenwerts durch vP nicht abgesprochen werden. Auch in diesem Zusammenhang ist es also gleichgültig, ob die Marke als gewerbliches Schutzrecht dem Preisbinder rechtlich zusteht. Es genügt für die Zulässigkeit der vP, wenn die Herkunft des Markenartikels aus seinem Geschäftsbetrieb durch die Markierung tatsächlich kenntlich gemacht wird.

Im folgenden soll dies unterstellt werden. Es wird also davon ausgegangen, daß die Verbraucher auf Grund der Markierung des Fertigprodukts annehmen müssen, dieser marktfertige Markenartikel sei vom Hersteller des Halbfabrikats allein produziert worden, während in Wirklichkeit auch andere Unternehmer an der Fertigstellung mitgewirkt haben.

Wird ein Fertigerzeugnis auf diese Weise mit der Marke des Herstellers eines Halbfabrikats versehen, so erscheint es fraglich, ob diese Marke als herkunftsbezeichnendes Merkmal i. S. des § 16 Abs. II GWB

ausreicht. Das marktfähige Endprodukt stammt ja nur zum Teil aus der Produktion des preisbindenden Markeninhabers; auch ein anderes Unternehmen hat an seiner Fertigstellung mitgewirkt. Bei einem solchen zusammengesetzten Fertigungsprozeß lassen sich keine exakten Abgrenzungsgesichtspunkte dafür aufstellen, unter welchen Voraussetzungen die auf den Hersteller den Halbfabrikats hinweisende Marke für das Endprodukt als Herkunftszeichen i. S. des § 16 Abs. II GWB ausreicht. Daraus darf jedoch nicht geschlossen werden, daß generell eine vP für alle Markenartikel unzulässig ist, die von mehreren Unternehmern gemeinsam hergestellt werden. Eine mehrfache Markierung, die auf alle Produktionsbeteiligten hinweist, und eine gemeinsame vP durch diese Produzenten ist allerdings praktisch nicht durchführbar. Trotz des zusammengesetzten Herstellungsvorganges muß es aber in gewissen Fällen möglich sein, denjenigen der beteiligten Unternehmer als aktiv legitimiert zur Preisbindung anzusehen, welchen die Marke als Hersteller des Endprodukts ausweist.⁸¹⁾ Es muß dazu genügen, daß der Markeninhaber nahezu alleinige Hersteller des Endprodukts ist und die Beteiligung der anderen Unternehmer demgegenüber nicht ins Gewicht fällt. Bei dieser Abwägung ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten. Vor allem ist die Verkehrsauffassung von der Herkunft des auf dem Markt angebotenen Fertigerzeugnisses zu berücksichtigen. Das Publikum muß den Markenartikel dem Preisbinder als Hersteller zuordnen auch für den Fall, daß es von der Mehrzahl der Produzenten Kenntnis erhält.^{81a)} Nur dann genügt dessen Marke zur Kennzeichnung der Herkunft für das Endprodukt. Ist für den Kaufentschluß des Verbrauchers der Anteil des anderen Unternehmens an der Fertigstellung entscheidend, so weist die Marke des Preisbinders nicht mehr die Herkunft der Ware genügend aus. Man darf dann das Endprodukt nicht als Markenware des Preisbinders ansehen. Die vP ist in diesem Fall unzulässig, weil der preisgebundene Artikel für den Preisbinder nicht "seine Markenware" ist, wie § 16 Abs. I i. V. mit Abs. II GWB es fordert.

81) Die anderen Beteiligten können schon deshalb nicht als Preisbinder gemäß § 16 GWB auftreten, weil der Markenartikel nicht mit einem auf sie hinweisenden Herkunftszeichen versehen ist.

81a) z.B. indem es beim Kauf gerade das Vertrauen in die Erzeugnisse des Preisbinders erkennbar ausdrückt.

Im folgenden sollen unter diesem Gesichtspunkt die denkbaren Fälle einer gemeinsamen Herstellung durch mehrere Unternehmen gewürdigt werden. Dabei erscheint es zweckmäßig, nach dem Anteil des fertigstellenden Unternehmens am gesamten Herstellungsprozeß einzelne Fallgruppen zu unterscheiden. Vereinfachend soll unterstellt werden, daß neben dem fertigstellenden Unternehmen nur noch der Hersteller des Halbfabrikats als Markeninhaber und Preisbinder beteiligt ist.

Fällt das gebundene Unternehmen nur aus größeren Gefäßen in kleinere ab, werden größere Posten aufgeteilt und gesondert verpackt oder kompakte Blocks bzw. Ballen zerteilt und in kleineren Stücken weitergehandelt, so darf man ohne Zögern von der Markenware des Herstellers dieser Materialien sprechen. Die Arbeit der Abfüll- bzw. Verpackungsbetriebe tritt gegen die Herstellung der Produkte weit in den Hintergrund, selbst wenn die gebundenen Unternehmen Verpackungsmaterial beisteuern, das aus ihrer Fabrikation stammt oder von Dritten erworben wurde.

Bei bloßer Bearbeitung des vom Preisbinder gelieferten Produkts (z.B. Polieren) bleibt das Fertigerzeugnis ebenfalls Markenware des Herstellers.

Das gleiche gilt, wenn vom Preisbinder gelieferte Einzelteile lediglich von anderen Betrieben zusammengesetzt werden. Hier bestimmen die Einzelteile bereits den Wert des Endprodukts, die Arbeit des zusammenbauenden Betriebes fällt demgegenüber nicht ins Gewicht.

Problematischer ist der Fall, wenn der Verarbeiter dem vom Preisbinder gelieferten Produkt eigene oder von Dritten bezogene Materialien zusetzt. Hier wird man abgrenzen müssen, ob es sich um bloße Zutaten bzw. Zubehör handelt oder um wesentliche Bestandteile der Fertigerzeugnisse. Treffen nämlich wesentliche Bestandteile zusammen, die nur z. T. vom Preisbinder hergestellt sind, so kann man nicht mehr von seiner Markenware sprechen, weil sein Teilstück nicht die Hauptsache darstellt und ohne die fremden Bestandteile das Endprodukt in seiner typischen Gestaltung nicht fertigzustellen ist. Unter Zutaten und Zubehör werden hier Produkte verstanden, die nichts mit dem Charakter der Markenware zu tun haben, sondern vom

Käufer besonders gefordert werden.⁸²⁾ Dabei ist auf die Verkehrsan-
schauung abzustellen (vgl. § 97 Abs. I Satz 2 BGB).

Wird das vom Markeninhaber gelieferte Halbfabrikat völlig verarbei-
tet, so kann nur selten noch von einer Markenware des Herstellers des
Vorproduktes gesprochen werden, weil dann nicht mehr das Halbfabri-
kat des Typus des Endprodukts bestimmt, sondern andere Faktoren, vor
allem die Tatsache der Verarbeitung zu neuen Formen. Bei einem
Mantel aus Ninoflex beeinflußt zwar das Material mit die Wahl des
Käufers, entscheidend für den Kaufentschluß ist aber nicht, daß es
sich um Ninoflex handelt, sondern daß der Kaufgegenstand ein Man-
tel bestimmter Art ist. Als Mantel aber stammt dies Endprodukt für
den Kunden nicht mehr vom Hersteller des Ninoflexstoffes her, son-
dern von der Mantelfabrik. Daran ändert auch die Tatsache nichts,
daß im Mantel in der Regel ein auf die Stoffqualität hinweisendes
Markenschild angebracht ist.

Diese Erörterungen mögen genügen, um zu zeigen, worauf es bei der
Problemlösung ankommt. Die Verbraucherschaft muß das Fertigerzeug-
nis in seinen für den Kaufentschluß wesentlichen Eigenschaften dem
Preisbinder zuordnen. Nur dann kann man davon sprechen, daß die
Marke die Herkunft der Ware vom Preisbinder ausreichend kennzeich-
net. Ist für den Kaufentschluß die Tatsache entscheidend, daß neben
dem Preisbinder auch ein anderes Unternehmen an der Fertigstellung
mitgewirkt hat, so weist die Marke nicht mehr den Hersteller der Wa-
re genügend aus. Dann aber ist ein für bindungsfähige Markenwaren
in § 16 Abs. II GWB vorgeschriebenes Merkmal nicht vorhanden und
damit das Endprodukt nicht als Markenware i. S. des § 16 GWB anzu-
sehen. Das ist in der Praxis bei zusammengesetztem Herstellungspro-
zeß nicht immer der Fall. In der vorstehenden Untersuchung ist ge-
zeigt, daß Fertigerzeugnisse zumindest in gewissen Fällen Marken-
waren des nur ein Teilstück oder Halbfabrikat besteuernden Marken-
inhabers sein können, obwohl ein anderes Unternehmen die endgülti-
ge Fertigstellung vornimmt.

82) So z. B. das Fett als Zusatz zum Haarwasser "Panteen"; man kann auf
dem Kosmetikmarkt "Panteen mit Fett" und "Panteen ohne Fett" be-
kommen.

- b) Zum Begriff der Markenware gehört nach § 16 Abs. II GWB weiterhin, daß das preisbindende Unternehmen die Lieferung des gebundenen Erzeugnisses in gleichbleibender oder verbesserter Güte gewährleistet. Durch einheitliche Preise für einen Markenartikel wird bei den Verbrauchern die Vorstellung hervorgerufen, daß der Artikel überall und jederzeit zu gleicher Qualität vom Markeninhaber vertrieben wird. Nur wenn der Preisbinder die mindestens gleichbleibende Güte seines Produkts garantieren kann, soll er die Möglichkeit zur vP erhalten. Dann besteht keine Gefahr, daß durch die einheitliche Preisfestsetzung bei den Käufern eine falsche Vorstellung erweckt wird.

Die Qualitätsgarantie durch den Preisbinder muß sich immer auf das preisgebundene Erzeugnis beziehen. Bei vP für ein Fertigerzeugnis durch den Hersteller des Halbfabrikats, deren Zulässigkeit hier untersucht wird, ergibt sich daraus folgendes. Preisgebundenes Erzeugnis ist das marktfertige Endprodukt. Die vP wird durch den Hersteller des Halbfabrikats vorgenommen, auf den die Marke des Fertigerzeugnisses als Herkunftszeichen hinweist. Nach § 16 Abs. II GWB muß also der Hersteller des Halbfabrikats die Güte des markierten und preisgebundenen Endprodukts garantieren. Das Endprodukt ist mit seiner Marke versehen, die Verbraucherschaft rechnet es ihm als Hersteller zu. Wenn er den Vorteil der vP in Anspruch nehmen will, muß er auch die Gütegarantie für die marktfertige Ware übernehmen können. Sonst ist nicht sicher, ob nach Einführung der vP die Qualität des Fertigerzeugnisses konstant bleibt. Durch die Beteiligung anderer anonymer Unternehmer könnte die Güte des Artikels schwanken. In einem solchen Fall wechselnder Qualität würden die gebundenen Preise die Verbraucherschaft in der Vorstellung über die Gütekonstanz des Markenartikels irreführen. Gerade diese Möglichkeit soll durch das Erfordernis der Qualitätsgarantie ausgeschlossen werden. Kann der Hersteller des Halbfabrikats dies Erfordernis des § 16 Abs. II GWB für das mit seiner Marke versehene und von ihm preisgebundene Fertigerzeugnis nicht erfüllen, so ist dies Endprodukt nicht als "seine Markenware" i. S. des § 16 GWB anzusehen. Die v. P ist dann unzulässig.

Man kann nun nicht von vornherein sagen, daß bei zusammengesetztem Herstellungsprozeß der Hersteller von Halbfabrikaten die Gütegarantie für das vom Verarbeiter fertiggestellte Endprodukt über-

nehmen kann. Ebenso wenig aber läßt sich kategorisch feststellen, daß er es nicht kann. Auch hier muß die Besonderheit der in Betracht kommenden Fälle beachtet werden.

Wenn ein anderes Unternehmen die vom Preisbinder hergestellten Artikel lediglich aufteilt und verpackt, so kann der Preisbinder die Güte des mit seiner Marke versehenen Fertigerzeugnisses jederzeit garantieren. Derartige Vorgänge werden heute fast ausschließlich maschinell vorgenommen, und Maschinen arbeiten präzise. Auch bei der Abfüllung von Flüssigkeiten, die mit Hilfe von plombierten Abfüllstutzen vor sich geht, besteht keine Möglichkeit für den Abfüllbetrieb, die Qualität der vom Preisbinder gelieferten Getränke durch Zusätze zu verändern. Die Sauberkeit des Verpackungsmaterials, z. B. der Bierflaschen, wird heute ebenfalls allen Anforderungen des Preisbinders genügen. Dabei ist zu beachten, daß ja der Markeninhaber, wenn er selbst das Produkt marktfähig machte, auch nur die gleichen Hilfsmittel wie das fertigstellende Unternehmen einsetzen könnte und damit auch gleichbleibende Güte garantieren könnte. Falls dennoch der Verdacht besteht, daß das Halbfabrikat bei der Aufteilung und Verpackung bzw. Abfüllung vom fertigstellenden Unternehmen qualitativ verändert wird - etwa durch nachlässige Sauberhaltung der Abfüllmaschinen - so muß der Preisbinder durch Kontrollen und Stichproben dieser Gefahr der Güteminderung begegnen. Eine solche Überwachung muß dann für die Gütegarantie als ausreichend angesehen werden. Nötigenfalls helfen gelegentliche Kontrollen und Stichproben durch den Markeninhaber.

Das gleiche gilt für maschinelle Bearbeitung und Zusammensetzung der Halbprodukte. Wird im fertigstellenden Unternehmen die Bearbeitung oder der Zusammenbau durch menschliche Tätigkeit bewirkt, so ist zu beachten, daß diese Arbeit von verschiedenen Personen vorgenommen wird. Bei Menschen aber kann man nicht so wie bei Maschinen die Gleichmäßigkeit und Gleichartigkeit der Arbeit unterstellen, so daß eine Gütegarantie nicht möglich zu sein scheint. Hier ist aber zu prüfen, ob durch die menschliche Tätigkeit überhaupt eine Veränderung vorgenommen wird, die in der Meinung der Verbraucher wesentlich für die Güte der Ware ist. Welche Eigenschaften des Markenartikels in gleichbleibender Güte vorhanden sein müssen, kann man nur für den Einzelartikel im Hinblick auf seine besondere Verwendung fest-

stellen. Wenn z.B. Einzelteile, die nur in einer bestimmten Art ineinandergreifen, zusammengesetzt werden und der fertige Apparat funktioniert, so ist augenscheinlich richtig zusammengesetzt. Im Verkehr entscheidet sich die Güte des Geräts nicht nach der Art des Zusammenbaus, sondern nach der Qualität des Materials und der Tatsache des Funktionierens. Kontrollen und Überwachung des Funktionierens ^{82a)} vor Auslieferung an den Markt genügen hier, um von einer Gütegarantie sprechen zu können. Auch hier darf man an die Gleichförmigkeit der menschlichen Tätigkeit keine größeren Anforderungen stellen als an die gleiche menschliche Tätigkeit, wenn sie im Betrieb des Markeninhabers vorgenommen würde und er gleichbleibende Güte garantierte. Gewisse einfache Arbeiten müssen bei der Fertigstellung fast jedes Markenartikels vorgenommen werden durch menschliche Tätigkeit, ohne daß jemand die gleichbleibende Güte des Artikels anzweifeln würde. Dieser Gesichtspunkt ist bei der Abgrenzung zu beachten. Beim Verbinden von Zutaten und Zubehör mit der vom Markeninhaber gelieferten Hauptsache ist in der Regel eine Gütegarantie ebenfalls möglich. Die Zutaten in ihrer Stoffzusammensetzung werden die von den Verbrauchern geforderte Güte der Hauptsache nicht beeinflussen. Geschieht die Verbindung maschinell, so kann auch stets gleichartige Arbeit angenommen werden. Menschliche Tätigkeit wird hier immer in einfacher und gleicher Form vorliegen und daher in der Qualität keine die Güte der Hauptsache entscheidend verändernden Unterschiede aufweisen.

Bei der Verbindung wesentlicher Bestandteile jedoch ist eine Gütegarantie für das Endprodukt durch das nur ein Teilstück liefernde Unternehmen nicht mehr möglich. Die Qualität der von Dritten gefertigten und das Fertigerzeugnis entscheidend in seiner Art beeinflussende Einzelteile kann vom Preisbinder nicht überwacht und sichergestellt werden. Bei völliger Verarbeitung des Halbprodukts schließlich entfällt die Möglichkeit einer Gewährleistung gleicher Güte durch

82a) Dabei muß es als ausreichend angesehen werden, wenn der Preisbinder dem fertigstellenden Unternehmen die Kontrolle des Funktionierens, etwa durch Überwachung in einem Prüfstand, zur Pflicht macht und selbst lediglich die Einhaltung dieser Anordnung kontrolliert. Besser könnte nämlich der Preisbinder die gleichbleibende Güte auch bei eigener Produktion nicht gewährleisten.

den Markeninhaber ganz, selbst wenn mit Hilfe seines Teilprodukts nur ein ganz bestimmtes Fertigerzeugnis herzustellen ist. Bei Verarbeitung und Umbildung ist eine Qualitätsänderung stets möglich, zudem wird oft ein bedeutendes Maß von Arbeit aufgewandt, deren Gleichartigkeit nur bei Maschinen sicher ist.

Die Frage, ob der Markeninhaber, der nicht das marktfähige Endprodukt selbst herstellt, die gleichbleibende Güte dieses Fertigerzeugnisses gewährleisten kann, läßt sich also nicht von vornherein eindeutig entscheiden. Es kommt vielmehr darauf an, inwieweit das Halbprodukt verändert wird, welchen Teil des Fertigerzeugnisses es ausmacht, ob das fertigstellende Unternehmen maschinell oder manuell arbeitet und welche Art von Arbeit aus dem Halbprodukt das Fertigerzeugnis entstehen läßt. Bei der Entscheidung dieser Frage muß vor allem festgestellt werden, welche Eigenschaften des marktfertigen Artikels die Verbraucher in gleichbleibender Güte fordern. Sind diese Eigenschaften bereits unveränderlich im Teilstück des Markeninhabers vorhanden, so kann von einer Garantie gleichbleibender Güte gesprochen werden, auch wenn der Hersteller des Endprodukts das Teilstück in anderen unwesentlichen Eigenschaften ändert. Werden dagegen gerade die Eigenschaften des Teilstücks, welche für die Gütevorstellung des Publikums wesentlich sind, bei der Fertigstellung verändert oder dabei erst neue wesentliche Eigenschaften geschaffen, so ist eine ausreichende Gütegarantie durch den Hersteller des Teilfabrikats viel seltener zu bejahen. Weiterhin ist zu beachten, ob und in welchem Umfang der Hersteller des Vorprodukts dem fertigstellenden Unternehmen qualitätssichernde Richtlinien und Anweisungen gegeben hat und die Fertigstellung überwacht.

- c) Es ist also durchaus möglich, daß ein nicht vom Markeninhaber marktfähig gemachtes Erzeugnis als von ihm herstammend anzusehen ist und daß der Inhaber der Marke für dieses Fertigerzeugnis gleichbleibende Güte garantieren kann. Die Voraussetzungen des § 16 Abs. II GWB sind dann erfüllt, man kann von Markenwaren sprechen.

Nach § 16 Abs. I GWB darf ein Unternehmen jedoch nur Preise für "seine" Markenwaren vertikal binden. Der Hersteller des Halbfabrikats wird nun selten Eigentümer des Fertigerzeugnisses werden, jeden-

falls können sich in dieser Hinsicht wegen der im Wirtschaftsleben nebeneinander gebräuchlichen und einander widerstreitenden Formen der Sicherungsübereignung und der Eigentumsvorbehalte erhebliche Unsicherheiten ergeben.⁸³⁾ Dem Hersteller des Halbfabrikats wird zudem in der Praxis häufig bereits an seinem Erzeugnis das Eigentum fehlen, weil die im Halbfabrikat verarbeiteten Rohstoffe unter Eigentumsvorbehalt mit Verarbeitungsklausel geliefert worden sind.

Wäre nun aus dem Wortlaut des Gesetzes (Seine Markenwaren) zu entnehmen, daß der Preisbinder zivilrechtlich Eigentümer des preisgebundenen Artikels sein muß, so würde die Zulässigkeit der vP für Fertigerzeugnisse durch den Hersteller des Halbfabrikats oft zweifelhaft sein.

Beachtet man aber den Zweck des § 16 GWB, so läßt sich feststellen, daß die Eigentumsverhältnisse für die Zuordnung der Markenware zu den einzelnen am Herstellungsprozeß beteiligten Unternehmen nicht entscheidend sein können.

Nach § 16 GWB ist die vP für Markenwaren vom Verbot des § 15 GWB ausgenommen. Dem Markenartikel-Fabrikanten wird vom Gesetzgeber bewußt die Möglichkeit gegeben, die Vorteile eines Preisbindungssystems auszunutzen. Er hat nämlich seine Marke im Verkehr durchgesetzt, oft mit großem Werbeaufwand und unter Einsatz erheblicher Mittel. Beim Markenartikel tritt der Fabrikant dem Verbraucher gegenüber aus der Anonymität hervor. Er muß sich dem Urteil der Kunden stellen und deren Vertrauen in die Güte seiner Ware erhalten. Das ermöglicht ihm ein stabiler Preis am besten. Diese Situation hat der Gesetzgeber anerkannt, als er die vP für Markenwaren vom Verbot des § 15 GWB ausnahm.⁸⁴⁾

Ebendieselbe Situation ist aber auch gegeben, wenn ein Fertigerzeugnis unter der Marke eines Unternehmers vertrieben wird, der nur einen Teil - aber gerade den wesentlichen - des Endprodukts hergestellt hat;

83) vgl. dazu Baumann, 1. Teil unter C (S.9-37)

84) vgl. Amtliche Begründg. zu § 11 des Reg. Entwurfs des GWB, BT-Drucks. 1. Wahlperiode Nr. 3462, S.30 unter 1b.

Auch der Hersteller des Teilprodukts hat seine Marke durchsetzen müssen. Das Publikum rechnet das Fertigerzeugnis ihm zu, selbst wenn bekannt ist, daß mehrere Unternehmen an der Herstellung beteiligt waren.⁸⁵⁾ Also muß auch hier der Markeninhaber sich dem Urteil der Verbraucher stellen. Bei der Zuordnung der Markenartikel zu den einzelnen Herstellern stellt das Publikum nun nicht auf die Eigentumsverhältnisse ab, sondern auf den Anteil der einzelnen Unternehmen an der Fertigstellung des Artikels.

Die Eigentumslage an dem Fertigerzeugnis beeinflußt also garnicht die Situation, auf Grund deren die vP von Markenwaren zugelassen wurde. Daher kann auch der Umstand, daß ein Artikel nicht im Eigentum des Markeninhabers steht, nicht entscheidend dafür sein, ob dieses Fertigerzeugnis als Markenwaren des betreffenden Markeninhabers zu gelten hat. Es kommt vielmehr allein darauf an, ob nach den Anschauungen des Verkehrs das Fertigerzeugnis als Markenartikel des Markeninhabers gekauft wird.

Persil würde auch weiterhin als Qualitätsware und Markenartikel der Persilwerke gekauft werden, wenn der Verbraucher wüßte, daß der gesamte Vorrat seit Monaten von den Persilwerken zur Sicherheit einem Gläubiger übereignet wäre. Über die Eigentumsverhältnisse machen sich die Käufer in der Regel gar keine Gedanken.

- 2) Der Tatbestand des § 16 GWB kann also unter gewissen Voraussetzungen bei einer vP, die der Hersteller des Halbfabrikats für das marktfähige Erzeugnis einführt, als erfüllt angesehen werden. Dennoch bleiben Bedenken gegen die Zulässigkeit einer derartigen vP. Es kann nicht geleugnet werden, daß - worauf der BGH hinweist -⁸⁶⁾ in dem Preis für das Fertigerzeugnis auch das Entgelt für die Arbeitsleistung des fertigstellenden Unternehmens enthalten ist. Es werden also z. T. auch Preise für gewerbliche Leistungen gebunden. Eine derartige Preisbindung verbietet aber § 15 GWB.

85) Das wird vorausgesetzt, da sonst keine Markenware gegeben ist, weil das herkunftsbezeichnende Merkmal fehlt. (vgl. oben S. 41.).

86) BGH in WRP 1958, S. 284 (vgl. oben S. 36 unter 1a).

Es ergibt sich hier also die besondere Situation, daß eine vP in sich Elemente der unzulässigen vP gewerblicher Leistungen und der zulässigen vP für Markenwaren vereinigt.

Die Lösung des Problems hängt davon ab, ob in diesem Falle das Verbot des § 15 GWB oder als Ausnahme davon der § 16 GWB anzuwenden ist. Rein logisch läßt sich keine Entscheidung fällen. Man kann sagen, daß vP gewerblicher Leistungen auf jeden Fall verboten werden sollten. Dann ist auch im hier zu entscheidenden Fall die vP unzulässig, weil sie eine vP gewerblicher Leistungen enthält. Genau so gut aber läßt sich argumentieren, daß vP bei Markenwaren vom Verbot des § 15 GWB ausgenommen sein sollten und daher auch hier diese Ausnahmebestimmung angewendet werden müsse.

Nach § 16 Abs. 1 GWB gilt die Verbotsnorm des § 15 GWB "soweit" nicht, als Wiederverkaufspreise für Markenwaren gebunden werden. Dem strengen Wortlaut nach muß also bei gleichzeitiger Bindung von Preisen für Markenwaren und gewerbliche Leistungen der § 15 GWB weiter eingreifen. Jedoch ist es zweifelhaft, ob der Gesetzgeber bei der Formulierung des § 16 GWB überhaupt den hier problematischen Fall ins Auge gefaßt hatte. Aus den Materialien zum GWB geht in dieser Hinsicht nichts hervor. Zudem heißt es in der Amtlichen Begründung:

"Die Bestimmung des § 10 (jetzt § 15 GWB) ist nicht ohne Vorbild. Bereits § 1 Abs. 1a der sog. Kartellnot-VO ermächtigte die Reichsregierung zum Verbot vP für gewerbliche Leistungen. Dazu wurde die Ausführungs-VO vom 3.8.1930 erlassen . . .

Anlaß zu dieser VO waren u. a. ungerechtfertigte Preisbindungen in der Linoleumindustrie . . .

§ 10 erfaßt diese und ähnliche Tatbestände in allgemeiner Formulierung und verbietet grundsätzlich die vP".⁸⁷⁾

In erster Linie wurde also bei den Gesetzgebungsarbeiten an den Fall gedacht, daß durch vP die Preise für Markenwaren und daneben noch

87) Amtl. Begründg. zu § 10 des Reg. Entwurfs in BT-Drucks. 1. Wahlperiode Nr. 3462, S. 29.

die Preise für gewerbliche Leistungen (z.B. das Legen von Linoleum) gebunden werden. Diese vP, die in der Vergangenheit gebräuchlich waren, wollte man mit der Formulierung "soweit" in § 16 GWB unterbinden. Derartige Preisbindungen unterscheiden sich aber beträchtlich von denjenigen, bei denen eine Vereinbarung die vP von Markenwaren und von gewerblichen Leistungen vereint, weil der eine festgesetzte Preis das Entgelt sowohl für das Material als auch für die Fertigstellung des Erzeugnisses enthält.

Über das Verhältnis von § 15 GWB und § 16 GWB sagt die Amtliche Begründung:

"§ 11 (jetzt § 16 GWB) gestattet nur eine Ausnahme von § 10 (jetzt § 15 GWB), soweit Wiederverkaufspreise gebunden werden. Die übrigen Bestimmungen (das Verbot, Preise für Geschäftsbedingungen oder für gewerbliche Leistungen zu binden) bleiben bestehen." 88)

Hier wird wie im Gesetzestext der unklare Ausdruck "soweit" verwendet. Aus der Formulierung ("die übrigen Bestimmungen bleiben bestehen") läßt sich m.E. herauslesen, daß der Fall eines gleichzeitigen Eingreifens von § 15 und § 16 GWB bei der Festsetzung eines Preises gar nicht berücksichtigt worden ist. Dafür spricht auch die Überlegung, daß ein derartig problematischer Zusammenhang zumindest in der Begründung erwähnt worden wäre.

Bei diesen Zweifeln über den Anwendungsbereich der §§ 15, 16 GWB muß in erster Linie der Zweck der gesetzlichen Regelung berücksichtigt werden. § 15 GWB verbietet die vP gewerblicher Leistungen, weil damit in die Entschlußfreiheit einer anderen Wirtschaftsstufe durch den Preisbinder eingegriffen wird. Der Preisbinder mischt sich auf einem Gebiet ein, auf dem der Gebundene sonst die Preise frei gestalten kann. Da er zu den gebundenen Werten, der Arbeit des Gebundenen, keine Beziehung hat, kann eine derartige Wettbewerbsbeschränkung nach dem Grundsatz des freien Wettbewerbs nicht gebilligt werden.

88) Amtl. Begründung zu § 11 des Reg. Entwurfs unter Ziff. 3.

§ 16 GWB erlaubt die vP bei Markenwaren, obwohl sie auch eine Wettbewerbsbeschränkung in vertikaler Richtung darstellt. Die Ausnahme ist gerechtfertigt, weil der Preisbinder hier eine enge Beziehung zum preisgebundenen Artikel hat. Er hat seine Marke vielleicht mit Schwierigkeiten und unter großen Opfern durchgesetzt und kann nur mit Hilfe der vP seine Position auf dem Markt halten.

§ 16 GWB bezweckt also den Schutz des Markenartikel-Herstellers und nimmt die vertikale Wettbewerbsbeschränkung in Kauf. Durch § 15 GWB dagegen wird bei einer vP gewerblicher Leistungen der Gebundene geschützt, der die Arbeit ausführt und in seiner Entschlußfreiheit hinsichtlich der Preisgestaltung nicht beschränkt werden soll. Daraus ergibt sich, daß §§ 15, 16 GWB Schutznormen in Interessenkonflikten sind, die zwischen Angehörigen verschiedener Wirtschaftsstufen beim Absatz eines Artikels auftreten können. Diese Bestimmungen ermöglichen bei einseitigem Konflikt, wenn eine vP für Markenwaren oder eine vP für gewerbliche Leistungen allein vorliegt, eine eindeutige Lösung. Ein einseitiger Konflikt liegt auch dann vor, wenn in einem Preisbindungsvertrag die Preise für einen Markenartikel und für eine gewerbliche Leistung nebeneinander gebunden werden., wie es bei dem Beispiel aus der Linoleumindustrie der Fall ist. Dabei sind zwei einseitige Konflikte gehäuft. Die vP für den Verkaufspreis des Markenartikels regelt § 16 GWB, die vP für die gewerbliche Leistung bestimmt sich nach § 15 GWB. 89)

Treten die Konfliktsituationen aber zusammen bei einer Preisfestsetzung auf, wie im hier problematischen Fall der vP für das Fertigungsprodukt durch den Hersteller des Halbfabrikats, so muß sich die Lösung der Frage, welche der beiden Schutznormen anzuwenden ist, daraus ergeben, welche der jeweils berücksichtigten Interessen schutzwürdiger ist.

Dabei ist zu unterscheiden, ob die Marke bereits das Halbfabrikat kennzeichnet und in gleicher Form auch für das Fertigerzeugnis verwendet wird, oder ob erst das Endprodukt eine auf den Hersteller des Halbfabrikats hinweisende Marke trägt.

89) Auf das Problem, ob dann die gesamte Preisbindungsvereinbarung nichtig ist (Rechtsgedanke des § 139 BGB), soll hier nicht eingegangen werden.

Wird die Marke sowohl für das Halbfabrikat als auch für das daraus hergestellte Endprodukt gebraucht, ⁹⁰⁾so ergibt sich für den Hersteller des Teilprodukts als Markeninhaber ein Interesse an der vP und eine entsprechende Schutzwürdigkeit wie bei jedem anderen Markenartikelfabrikanten, der das konsumreife Erzeugnis allein herstellt.

Das Unternehmen, das den Markenartikel in seiner marktfähigen Form fertigstellt, ist natürlich auch daran interessiert, bei der Gestaltung des Preises für seine gewerbliche Tätigkeit, die es bei der Herstellung des Endproduktes vollbringt, frei und nicht durch festgesetzte Preise gebunden zu sein. Dieses Unternehmen kann jedoch seine Tätigkeit nur entfalten und für diese gewerbliche Leistung ein Entgelt mit entsprechendem Gewinn nur erzielen, weil der Hersteller des Teilprodukts ihm dieses zur Fertigstellung liefert. Gleichartige Halbfabrikate eines zweiten Herstellers könnte das fertigstellende Unternehmen zwar auch verwenden, aber nicht zu einem Fertigfabrikat, das unter der Marke des ersten Herstellers abgesetzt wird. So profitiert das fertigstellende Unternehmen mit von der Marke, sowie von ihrem Verkehrswert auf dem Absatzmarkt. Es ist selbst an einer allgemeinen Anerkennung der Marke interessiert. Der Markeninhaber hat den Wert seiner Marke durch eigene Leistung geschaffen und sich so die Berechtigung auf die Vorteile einer vP verdient. Er kann den Verkehrswert der Marke durch vP des darunter vertriebenen Artikels am besten erhalten.

Wenn nun diese vP notwendig die Freiheit des konfektionierenden Unternehmens in der Gestaltung der Preise für seine Arbeit beschränkt, so muß das in Kauf genommen werden. Diese Freiheit der wirtschaftlichen EntschlieÙung ist angesichts der auf Grund der Leistung eines anderen erzielten Vorteile nicht schutzwürdig. Vielmehr muß dem Markeninhaber die vP für das Fertigerzeugnis zur Sicherung der erarbeiteten Position und des Markenwerts gewährt werden. Daraus ergibt sich, daß in diesem Konfliktfall § 16 GWB selbst den § 15 GWB verdrängt.

Schwieriger ist der Fall zu beurteilen, wenn erst das Endprodukt mit einer Marke versehen wird, die der Hersteller des Halbfabrikats nicht

90) vgl. die Beispiele auf S. 35 in Anm. 70.

bereits für sein Erzeugnis verwendet. Hier wird die Marke erst durch gemeinsame Leistung vom Hersteller des Halbfabrikats und vom fertigstellenden Unternehmen zur Geltung gebracht.⁹¹⁾ Jedoch ist zu beachten, daß bei zusammengesetztem Herstellungsprozeß nur unter besonderen, oben dargestellten Voraussetzungen das Endprodukt als Markenware des preisbindenden Markeninhabers, also des Herstellers des Halbfabrikats, angesehen werden darf. In diesen Fällen trägt der Hersteller des Teilprodukts die Hauptlast der Herstellung, auch muß er die Qualität des Enderzeugnisses garantieren. Auf die Mitarbeit des konfektionierenden Unternehmens kommt es für den Kaufentschluß der Verbraucher nicht entscheidend an. Diese Mitwirkung besitzt nur Nebenbedeutung. Ihr tatsächliches Ausmaß ist, wie oben gezeigt, zwangsläufig gering. Dazu kommt, daß auch bei dieser Fallgestaltung das fertigstellende Unternehmen von der Vorarbeit des Preisbinders profitiert. Von der Qualität des Halbfabrikats hängt der Absatz des Fertigerzeugnisses und damit der Gewinn des konfektionierenden Betriebes ab. Daher ist es gerechtfertigt, auch in diesem Fall das Interesse des Produzenten des Halbfabrikats an einer vP für das Endprodukt höher zu bewerten, als das Interesse des fertigstellenden Unternehmers an der Freiheit seiner Preisgestaltung. In beiden untersuchten Fällen ist also der Konflikt zwischen § 15 und § 16 GWB bei zusammengesetzten Herstellungsprozeß eines Markenartikels zugunsten des § 16 GWB zu entscheiden. Das "soweit" in § 16 GWB ist dahin auszulegen, daß auch dann § 15 GWB nicht gilt, wenn der Hersteller eines Teilprodukts den Wiederverkaufspreis des Fertigproduktes und damit gleichzeitig auch den Preis für die gewerbliche Leistung des fertigstellenden Unternehmens bindet.

IV. Damit ist auch die Lösung des gesamten im § 3 aufgeworfenen Problems gefunden.

Eine vP für Fertigerzeugnisse durch den Hersteller des Vorprodukts ist grundsätzlich zulässig. Die Tatbestandsmerkmale des § 16 GWB lassen sich bei diesem Sachverhalt erfüllen, wenn bestimmte Voraussetzungen im Einzelfall gegeben sind. Die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse am Fertigerzeugnis spielen für die Zulässigkeit einer derartigen vP keine Rolle.

91) Wem die Marke, soweit sie gleichzeitig gewerbl. Schutzrecht ist, rechtlich zusteht, ist für § 16 GWB bedeutungslos. Dazu oben S. 39 ff.

Der Konflikt, daß bei dieser vP von Markenwaren gleichzeitig die Preise für gewerbliche Leistungen des fertigstellenden Unternehmens gebunden werden, muß zugunsten des § 16 GWB entschieden werden. Das Verbot des § 15 GWB gilt insoweit nicht.

§ 4 Preiswettbewerb bei Preisgleichheit gleichartiger Waren

I. Nach § 16 Abs. 1, Ziff. 1 GWB ist eine vP nur bei den Markenwaren zulässig, die "mit gleichartigen Waren anderer Hersteller oder Händler in Preiswettbewerb stehen". Dieses Tatbestandsmerkmal des Preiswettbewerbs wirft vor allem dann Probleme auf, wenn auf dem Markt gleichartige Waren der verschiedenen Hersteller zu nominell gleichen Preisen angeboten werden. So erwähnt das Bundeskartellamt ein Beispiel aus der Schokoladenindustrie. In dieser Branche sind mehrere Markenschokoladen zum gleichen Endverbraucherpreis zu haben.⁹²⁾ Im Zusammenhang mit dieser Frage des Preiswettbewerbs bei "Gleichpreisigkeit" der konkurrierenden Waren sind verschiedene Marktsituationen zu unterscheiden:

92) Tätigkeitsbericht 1959 des BKA in BT-Drucks., 3. Wahlp., Nr.1795, S. 36 rechts.

- a) Mehrere gleichartige Markenwaren verschiedener Hersteller werden zu gleichem Preis angeboten, daneben gibt es aber noch gleichartige Waren zu anderen Preisen.
- b) Alle gleichartigen Waren werden preisgleich angeboten, es bestehen aber Qualitätsunterschiede zwischen den Waren der einzelnen Hersteller.
- c) Wie Fall b), nur bestehen Quantitätsunterschiede zwischen den qualitativ gleichen Waren.
- d) Alle gleichartigen Waren gleicher Qualität und Quantität werden preisgleich vertrieben, jedoch bestehen Unterschiede im Service, in der Werbung, Verpackung oder in den Verkaufskonditionen.
- e) Alle gleichartigen Waren werden ohne die in den Fällen b-d) hervorgehobenen Unterschiede zu nominell gleichen Preisen angeboten.

Diese Fälle sollen im folgenden daraufhin untersucht werden, ob zwischen den preisgleichen Waren ein für den Tatbestand des § 16 GWB ausreichender Preiswettbewerb besteht. In der Zusammenstellung der einzelnen Marktsituationen wird entscheidend darauf abgestellt, daß die verglichenen Waren "gleichartig" sein müssen. Das geschah im Hinblick auf den Wortlaut des § 16 GWB. Nach dieser Bestimmung genügt es für die Zulässigkeit der vP nicht, daß die gebundene Markenware im Preiswettbewerb mit anderen Waren steht. Notwendig ist nach dem Wortlaut des § 16 Abs. I GWB vielmehr eine Preiskonkurrenz des gebundenen Artikels mit "gleichartigen Waren" anderer Hersteller. Die auf Preiswettbewerb verglichenen Waren müssen daher immer gleichartig i. S. des § 16 GWB sein.

Das Tatbestandsmerkmal der Gleichartigkeit i. S. des § 16 GWB ist also zunächst zu bestimmen, um den Kreis der zu vergleichenden Waren abzustecken. An diese Festlegung kann sich dann die Unter-

suchung über das Vorliegen von Preiswettbewerb zwischen den "gleichartigen" preisgleichen Waren anschließen.

- II. Was unter "gleichartigen Waren" im Bereich des § 16 GWB zu verstehen ist, muß durch Auslegung dieses normativen Begriffs festgestellt werden. Aus Wortlaut und Materialien des GWB läßt sich dafür nichts entnehmen.
1. Der Ausdruck "gleichartiger Waren" kommt im Recht des Warenzeichens vor.⁹³⁾ Er hat dort durch Rechtslehre und Rechtsprechung einen eindeutigen Inhalt bekommen. Als gleichartig i. S. des WZG werden Waren angesehen, wenn sie möglicherweise aus derselben Herkunftsquelle stammen können. Waren sind zeichenrechtlich gleichartig, wenn sie vermöge ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und Verwendung einander so nahestehen, daß beim Gebrauch übereinstimmender oder verwechslungsfähiger Zeichen der Abnehmer der Gefahr ausgesetzt ist, die Waren als Erzeugnisse ein und desselben Geschäftsbetriebes anzusehen.^{93a)} Dieser Begriff der Gleichartigkeit wird vom Sinn und Zweck des WZG bestimmt. Das Warenzeichen soll nach § 1 WZG die Herkunft von Waren kennzeichnen, es soll zur Unterscheidung von Waren dienen. Durch die §§ 5, 11, 25 WZG wird der Inhaber eines Warenzeichens davor geschützt, daß ein anderer Unternehmer für gleiche oder gleichartige Waren das gleiche oder ein zum Verwechseln ähnliches Zeichen verwendet und so vielleicht vom anerkannten Ruf des ersten Inhabers profitiert. Im Warenzeichenrecht soll also verhindert werden, daß einander ähnliche Waren vom Verbraucher einem falschen Hersteller zugerechnet werden.⁹⁴⁾ In § 16 GWB wird das Erfordernis eines Preiswettbewerbs der gebundenen Markenware mit "gleichartigen Waren" jedoch zu einem anderen Zweck aufgestellt. Die Preise sollen sich auch für preisgebundene Waren im Preiswettbewerb bilden. Da die Preiskonkurrenz auf den gebundenen Händlerstufen fehlt, muß der Preiswettbewerb der Waren um die

93) §§ 5 Abs. III u. IV, 11, 25 WZG.

93a) Baumbach-Hefermehl, zu § 5 WZG, Anm. 15.

94) BGHZ Bd. 19, S. 23 ff (25); BGH in GRUR 1957, S. 228 ff (229 unter 2). Im einzelnen zum Begriff der Gleichartigkeit i. S. des WZG weiter Baumbach-Hefermehl, zu § 5 WZG, Anm. 13 ff und Reimer, S. 110 ff.

Gunst des Verbrauchers als Kontrolle dafür dienen, daß der Preisbinder die Preise für seine Erzeugnisse nicht beliebig hoch festsetzt.⁹⁵⁾

Dieser Hinweis auf die erstrebte Kontrollfunktion ergibt bereits für den Begriff der Gleichartigkeit i. S. des § 16 GWB, daß die verglichenen Waren im Wettbewerb um die Gunst der Kunden gleichartig sein müssen. Auf die im Warenzeichenrecht entscheidende Ähnlichkeit, die eine Verwechslung der Produktionsstätten befürchten läßt, kommt es im GWB nicht an.⁹⁶⁾

2. Die Rechtslehre führt in der Literatur zu § 16 GWB verschiedene Gesichtspunkte an, um den Begriff der "gleichartigen Waren" i. S. des § 16 Abs. I, Ziff. 1 GWB zu bestimmen.

Nach Rasch sind Waren mit im wesentlichen gleichen Eigenschaften und Verwendungszwecken gleichartig.⁹⁷⁾

Mayer-Wegelin stellt auf die gleiche Art der konkurrierenden Produkte ab. Dabei soll es unerheblich sein, ob die verglichenen Waren von inländischen oder ausländischen Erzeugern stammen oder verschiedene Güte aufweisen. Surrogatprodukte werden nicht zu den gleichartigen Waren gezählt.⁹⁸⁾

Nach Schwartz sind gleichartig alle Waren verwandter Art, gleichen Gebrauchszwecks und innerhalb gleicher Qualitätsstufen. Substitutionswaren werden nicht als gleichartig angesehen.

Schwartz weist darauf hin, daß Markenartikel zur "Aufspaltung in Sondermärkte" tendieren, d. h. die Hersteller sich bei ihren Markenartikeln um Differenzierung und Ungleichheit gegenüber anonymen Waren bemühen. Daher sind Markenartikel ihrem Wesen nach

95) Diese ratio legis ergibt sich aus der Begründung zum Regierungsentwurf (BT-Drucks. 1. Wahlp. Nr. 3462 S. 30) und dem Bericht des Wirtschaftspol. Ausschusses (BT-Drucks. 2. Wahlp. zu Nr. 3644, S. 21).

96) Baumbach-Hefermehl, zu § 16 GWB, Anm. 25; Markenverband in MA 1957, S. 425ff (S. 430 unter 3); Droste in Betrieb 1958, S. 100 unter 4; Schwartz in M-H-S, § 16 Anm. 24; Langen, § 16 Anm. III, 6.

97) Rasch, § 16 Anm. 5; ihm folgend Müller-Gries, § 16 Anm. 30.

98) Mayer-Wegelin, § 16 Anm. 4.

nicht identisch mit ähnlichen Waren anderer Herkunft. Schwartz folgert daraus, daß es sich bei der Abgrenzung zwischen gleich- und ungleichartigen Waren nur um einen groben marktwirtschaftlichen Maßstab handeln könne.⁹⁹⁾

Auch Droste sieht Waren dann als gleichartig an, wenn sie sich an den gleichen Bedarf wenden bzw. den gleichen Gebrauchszweck erfüllen, so daß der Verbraucher unter ihnen eine freie Wahl vornehmen kann. Auf die äußere Beschaffenheit und das Material soll es nicht entscheidend ankommen.

Droste hält aber eine Differenzierung in nichtgleichartige Waren durch erhebliche Qualitäts- und Preisunterschiede für möglich. Andererseits soll die Individualisierung des Markenerzeugnisses und seine Sonderstellung durch Ruf und Patentschutz in diesem Zusammenhang unschädlich sein. Waren im Verhältnis der Substitutionskonkurrenz hält Droste in engen Grenzen für gleichartig.¹⁰⁰⁾

In den Erläuterungen des Markenverbandes wird darauf abgestellt, daß bei gleichartigen Waren ihrer Art nach eine Wettbewerbsbeziehung zwischen den Herstellern denkbar sein muß. Dies soll bei Erfüllung des gleichen Bedürfnisses der Fall sein, wobei volle Erfüllung bereits Warengleichheit bedeuten würde, die das Gesetz nicht verlangt. Auch bei Patentierung des Markenartikels soll über die Gleichartigkeit mit anderen Waren entscheiden, ob die Waren verschiedener Zusammensetzung oder Ausstattung dem gleichen Grundbedürfnis dienen.¹⁰¹⁾

Recht ausführlich hat Hefermehl zur Frage der "Gleichartigkeit von Waren" i. S. des § 16 GWB Stellung genommen. Nach seiner Ansicht ist der Gleichartigkeitsbegriff marktbezogen zu verstehen, weil für die Feststellung des Preiswettbewerbs der Markt einer Ware abgesteckt werden muß. "Produktdifferenzierungen"¹⁰²⁾, die bei Mar-

99) Schwartz in M-H-S, § 16 Anm. 24.

100) Droste in Betrieb 1958, S. 99 ff (S. 100 unter 4).

101) Erläuterungen des Markenverbandes in MA 1957, S. 425 ff (S. 430 unter 3).

102) Diesen Ausdruck verwendet zuerst der Ausschuß für Wirtschaftspolitik im Schriftlichen Bericht-BT-Drucks. 2. Wahlp. Nr. 3644, S. 21.

kenwaren jeder Hersteller in Form kleiner Unterschiede zu ähnlichen Waren zu schaffen sucht, sollen die Gleichartigkeit der verglichenen Waren nicht beseitigen, weil sonst bei Markenwaren die vP gerade wegen ihres Wesens weitgehend unzulässig wäre. Bei Waren in Substitutionskonkurrenz stellt Hefermehl für die Gleichartigkeit darauf ab, daß die Waren nicht lediglich substituierbar sein dürfen, sondern vom Verbraucher auch tatsächlich substituiert werden müssen. Als gleichartig in diesem marktbezogenen Sinn erscheinen Hefermehl alle Waren, die "nach ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage einander so nahe stehen, daß der verständige Durchschnittsverbraucher sie, ohne sich viel zu bedenken, als gegenseitig austauschbar ansieht." Dabei soll es auf die Stoffgleichwertigkeit, weniger aber auf Form, Farbe und stoffliche Beschaffenheit ankommen.¹⁰³⁾

Das Bundeskartellamt hat in der Entscheidung zur Preisbindung in der Autoreifenindustrie¹⁰⁴⁾ Neureifen und runderneuerte Reifen nicht als "gleichartige Waren" i.S. des § 16 GWB angesehen. Substitutionswettbewerb hält das Bundeskartellamt unter Berufung auf den Willen des Gesetzgebers für das Tatbestandsmerkmal "gleichartige Waren" nicht für genügend.

3. Diese in der Literatur angeführten Gesichtspunkte können im wesentlichen dazu benutzt werden, den Begriff der "gleichartigen Waren" i.S. des § 16 GWB zu bestimmen. In einigen Punkten fordern die angeführten Begründungen jedoch zur Stellungnahme heraus.
- a) Zunächst erheben sich Bedenken dagegen, die Gleichartigkeit von Waren allein aus der "wesentlichen Gleichheit ihrer Eigenschaften und Verwendungszwecke" zu folgern.¹⁰⁵⁾

Diese Formulierung ist zu allgemein, um die Abgrenzung treffend danach vornehmen zu können. Sie läßt die Frage offen, wie weit die "wesentliche Gleichheit" gehen muß bzw. wie weit Ungleichheit bestehen darf. Fest steht allein, daß völlige Übereinstimmung

103) Baumbach-Hefermehl, zu § 16 GWB Anm. 25, 26.

104) BKA in BB 1960, S. 342, mitgeteilt auch in WRP 1960, S. 153.

105) vgl. dazu oben S. 59, Fußnote 97.

der Eigenschaften nicht gefordert werden kann. Wenn man das wollte, wären die verglichenen Waren ja bereits gleich, nicht mehr bloß gleichartig, wie das Gesetz es verlangt. Wie soll die Abgrenzung nach dem Gesichtspunkt der "wesentlichen Gleichheit" aber bei mehr oder weniger unterschiedlichen Waren vorgenommen werden? Kann man Waren, die sich nur in einer Eigenschaft grundlegend unterscheiden, bereits als nicht mehr "wesentlich gleich" bezeichnen? Gerade dieser eine Unterschied kann für den Kaufentschluß des Verbrauchers entscheidend sein. Umgekehrt kann der Fall so liegen, daß der Unterschied in den Eigenschaften die Wahl des Käufers zwischen zwei Waren überhaupt nicht beeinflußt.¹⁰⁶⁾

Das Merkmal der "wesentlichen Gleichheit von Eigenschaften und Verwendungszwecken" konkurrierender Waren kann also wohl bei der Entscheidung über die Gleichartigkeit dieser Waren herangezogen werden. Damit kann aber nicht allein, ohne Zuhilfenahme anderer Gesichtspunkte, die Grenze zwischen Gleich- und Ungleichartigkeit exakt bestimmt werden.

- b) Weiterhin erscheint es fraglich, ob erhebliche Preisunterschiede zwischen ähnlichen Waren dazu führen können, daß man die Gleichartigkeit dieser Artikel verneinen muß.¹⁰⁷⁾

Nach dem Zweck des § 16 GWB soll zur "Kontrolle" der gebundenen Preise ein Preiswettbewerb zwischen den Waren des Preisbinders und gleichartigen Waren anderer Hersteller bestehen. Der Begriff der Gleichartigkeit i. S. des § 16 GWB ist also im Hinblick auf das Erfordernis eines Preiswettbewerbs zwischen den verglichenen Waren zu bestimmen.

Bestehen große Preisunterschiede bei qualitativ gleichwertigen Waren, so wird jeder vernünftige Verbraucher die billigere Ware bevorzugen. Es besteht dann zwischen den verglichenen Waren echter Preiswettbewerb, in dem das teuere Erzeugnis unterliegt. Bei dieser Situation darf man nicht vom Preisunterschied auf Ungleichartigkeit der Waren

106) Butter-Margarine bzgl. der verwendeten tierischen und pflanzlichen Fette einerseits, Kämme aus Horn oder Kunststoff andererseits.

107) Baumbach-Hefermehl, zu § 16 GWB Anm. 26 a. E.

schließen. Sonst würde der Anwendungsbereich des § 16 GWB, wie ihn der Gesetzgeber vorgesehen hat, stark eingeschränkt. § 16 GWB setzt im Normalfall gerade verschiedene Preise bei den "gleichartigen Waren" voraus, wobei die Höhe der Preisdifferenz bedeutungslos sein muß.¹⁰⁸⁾

Weisen die verglichenen Waren große Qualitätsunterschiede auf und erklärt sich die Preisdifferenz daraus,¹⁰⁹⁾ so mag es gerechtfertigt sein, diese Waren nicht mehr als gleichartig i. S. des § 16 GWB anzusehen. Hier besteht zwar begrifflich auch Wettbewerb zwischen den Waren, aktuell stellt aber kein Käufer derartig unterschiedliche Gegenstände beim Kaufentschluß auf die gleiche Ebene. Es ist dem Verbraucher zur Befriedigung seines Bedürfnisses nicht gleichgültig, welchen der unterschiedlichen Gegenstände er erwirbt. Eine wirtschaftlich gleiche Bewertung ist aber zur wirksamen Preiskontrolle nach dem Zweck des § 16 GWB bei gleichartigen Waren erforderlich, da sonst der Preisbinder nicht an der Preisüberhöhung gehindert wird.

Die Ungleichartigkeit ergibt sich bei diesen Waren jedoch aus dem Qualitätsunterschied.¹¹⁰⁾ Der Preisunterschied ist lediglich sekundäre Folge des Qualitätsunterschiedes und daher höchstens mit diesem zusammen von Bedeutung.¹¹¹⁾ Aus der Preisdifferenz allein läßt sich auch hier die Ungleichartigkeit der verglichenen Waren nicht begründen.

Es zeigt sich also, daß bei erheblicher Preisdifferenz konkurrierender Waren entweder Gleichartigkeit dieser Waren bei echtem Preiswettbewerb oder auf Qualitätsunterschieden beruhende Ungleichartigkeit der Waren gegeben sein kann. Die Tatsache eines Preisunterschiedes ist als Kriterium für die Feststellung der Gleichartigkeit von Waren i. S. des § 16 GWB nicht brauchbar.

108) Bei ungerechtfertigt überhöhten Preisen kann die vP aber gegebenenfalls nach § 17 Abs. I Z. 3 GWB beanstandet werden.

109) z. B. Boxkamera-Leica; Super-Kleinradio.

110) Insoweit sind bei der Abgrenzung zwischen Gleich- und Ungleichartigkeit gewisse Qualitätsstufen zu beachten.

111) So stellt Droste in Berrieb 1958 S. 100 unter 4 richtig auf "erhebliche Qualitäts- und dementsprechende Preisunterschiede" ab.

- c) Schließlich sind zur Frage der Gleichartigkeit von Waren in Substitutionskonkurrenz einige Bemerkungen erforderlich.

Im Schrifttum zu § 16 GWB wird gelegentlich der Begriff der "Waren in Substitutionskonkurrenz" verwendet. Innerhalb der allgemeinen Erläuterungen zum Problem der Gleichartigkeit von Waren wird an diesen Stellen die Frage der Gleichartigkeit von "Substitutionsgütern" besonders untersucht. Man räumt also den Waren in Substitutionskonkurrenz eine Sonderstellung ein. Die Frage der Gleichartigkeit von Substitutionsgütern wird allerdings im angeführten Schrifttum nicht übereinstimmend beantwortet.¹¹²⁾ Vor allem fällt auf, daß der Begriff der "Waren in Substitutionskonkurrenz" im kartellrechtlichen Schrifttum nicht erläutert wird.

Im positiven Recht ist dieser Begriff nicht festgelegt. Im Bereich des Schuldrechts bezeichnet man mit "Substitution" die Ersetzung eines Schuldners durch einen selbständig und eigenverantwortlich handelnden Dritten (Substitut). Dabei handelt es sich ausschließlich im Beziehungen zwischen Personen und nicht - wie im GWB - zwischen Waren. Auch im Wirtschaftsrecht kann man jedoch entsprechend diesem Grundgedanken von "Substitution" im Sinne eines "gleichwertigen Ersatzes" sprechen, wenn Waren miteinander verglichen werden.

Unter Substitutionsgütern sind dann Waren zu verstehen, die geeignet sind, ein anderes Gut im Wettbewerb um die Befriedigung eines bestimmten Käuferbedürfnisses zu verdrängen.¹¹³⁾ Dabei ist wesentlich, daß die konkurrierenden Güter dasselbe Bedürfnis des Verbrauchers zu befriedigen vermögen. Ohne diese Einschränkung wären alle am Markt erhältlichen Waren Substitutionsgüter. Denn im allgemeinen Wirtschaftswettbewerb stehen alle Güter gleich welcher Art in Konkurrenz um die Gunst der Kunden, so etwa ein Auto mit einem Nerzpelz oder ein Haus mit einer Weltreise.¹¹⁴⁾ Substitutionsgüter müssen also zumindest einen ähnlichen Nutzwert haben; es kommt auf ihre Marktgleichwertigkeit an.¹¹⁵⁾

112) Baumbach-Hefermehl, zu § 16 GWB Anm. 25; Droste in Betrieb 1958, S. 100; BKA in BB 60, S. 342.

113) Baumbach-Hefermehl, Allg. I Anm. 4.

114) Beispiele von Bartholomeyczik in M-H-S, § 22 Anm. 22.

115) Bartholomeyczik in M-H-S, § 22, Anm. 22.

Daraus ergibt sich bereits, daß Ersatzwaren, die nur auf den Markt kommen, wenn die normalerweise erhältlichen Artikel aus besonderen Gründen vom Markt verschwunden sind, nicht als Substitutionsgüter anzusehen sind.¹¹⁶⁾ Hier kann man begrifflich nicht von Substitutionswettbewerb sprechen, weil überhaupt keine Konkurrenz besteht. Es ist jeweils nur die Normalware oder der Ersatz zu haben. Bei gleichzeitigem Vorkommen vermag der Ersatzstoff den Absatz der Normalware nicht zu beeinflussen.

Bei Waren in Substitutionskonkurrenz kann es sich also nur um gleichzeitig erhältliche, in einem gewissen Grade einander ähnliche Waren handeln. Wie der Begriff im einzelnen festzulegen ist, geht aus der Literatur zu § 16 GWB nicht hervor. Das Bundeskartellamt sieht anscheinend ein Substitutionsgut als minderwertigen Ersatz an,¹¹⁷⁾ während man aus der Formulierung Hefermehls auf wirtschaftliche Gleichwertigkeit der in Substitutionswettbewerb stehenden Waren schließen kann.¹¹⁸⁾

Der Begriff der Substitutionsgüter ist - wie auch immer inhaltlich verstanden - unmöglich prägnant zu umreißen. Bei der Begriffsbestimmung müssen z.B. über das Maß der Gleichwertigkeit der Ersatzware wirtschaftliche Erwägungen angestellt und die Anschauung des Verkehrs berücksichtigt werden. In gewisser Hinsicht sind alle einander ähnlichen Produkte am Markt in ihrem Verhältnis zueinander "Ersatzwaren". Der Begriff des Substitutionsgutes kann nach Belieben weit oder eng gefaßt werden, je nachdem, wie weit der "Ersatz" sich wirtschaftlich auswirken soll.

Durch Einführung des Begriffs "Waren in Substitutionskonkurrenz" wird das Problem der Gleichartigkeit i.S. des § 16 GWB nicht vereinfacht. Man verlagert nur die Wertung auf eine andere Ebene. Bei der Prüfung, ob zwei konkurrierende Waren "gleichartig" sind, stehen keine festen Bereiche der "Gleichartigkeit" oder "Ungleichartigkeit"

116) z.B. Süßstoff als Ersatz für Zucker in Kriegszeiten.

117) Das BKA vergleicht in BB 1960 S. 342 Neureifen und runderneuerte Reifen im Hinblick auf Substitutionswettbewerb.

118) Baumbach-Hefermehl. § 16 GWB Anm. 25: Es wird auf das Erfordernis tatsächlicher Substitution durch den Verbraucher im Gegensatz zur begrifflichen Substituierbarkeit abgestellt. Eine tatsächliche Substitution ist aber nur bei gleichwertigen Gütern vorstellbar.

mit scharfen Grenzen zur Verfügung. Der Jurist muß vielmehr eine Wertung vornehmen und im Einzelfall nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten bestimmen, ob die Gleichartigkeit zu bejahen oder zu verneinen ist.¹¹⁹⁾ Wenn nun das Ergebnis vertreten wird, Waren in Substitutionskonkurrenz seien nicht gleichartig i. S. von § 16 GWB, so wird die Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen Gleich- und Ungleichartigkeit zwar für den Bereich der Substitutionsgüter umgangen. Dann bleibt aber das ebenfalls wertungsjuristische Problem, ob die konkret verglichenen Waren überhaupt im Verhältnis der Substitutionskonkurrenz stehen. Um die Notwendigkeit einer wertenden Einordnung kommt man also auch auf diesem Lösungsweg nicht herum. Das kompliziert sich zu zweimaliger Wertung, wenn Waren in Substitutionskonkurrenz je nach den Umständen des Einzelfalls als gleich- oder ungleichartig angesehen werden.¹²⁰⁾

Zudem bestehen innere Beziehungen zwischen der "Gleichartigkeit" und der "Substitutionskonkurrenz" von Waren, wie oben schon gezeigt, muß das Vorliegen eines Substitutionsverhältnisses zwischen zwei Waren nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten geprüft werden, weil der Begriff des Substitutionswettbewerbs nicht exakt juristisch zu fassen ist. Dabei werden im Einzelfall die verglichenen Waren auf gleiche und unterschiedliche Merkmale hin beurteilt, wie es bei der Prüfung der Gleichartigkeit auch geschieht. Es wird sogar die für die Gleichartigkeit wesentliche tatsächliche Wettbewerbslage beachtet. Der Begriff des "Ersatzes" - wie man ihn dem Umfang nach auch immer faßt - ist nicht rein objektiv und losgelöst von der Wertung des Verbrauchers zu bestimmen. Diese Bewertung in Normalware und Ersatz durch den Kunden äußert sich in der tatsächlichen Bevorzugung einer Ware beim Kauf, im Ergebnis des Wettbewerbs.

Dies alles zeigt, daß die Entscheidung über das Substitutionsverhältnis von Waren Untersuchungen erforderlich macht, mit deren Ergeb-

119) Baumbach-Hefermehl, zu § 16 GWB Anm. 26.

120) Droste in Betrieb 1958 S. 100: "In engen Grenzen können vielleicht auch Waren als gleichartig bezeichnet werden, die nur im Verhältnis der Substitutionskonkurrenz stehen."

Baumbach-Hefermehl zu § 16 GWB Anm. 25 a. E.: "Es kommt für die Gleichartigkeit nicht auf die Substituierbarkeit, sondern darauf an, ob der Verbraucher tatsächlich substituiert."

nis auch die Frage der Gleichartigkeit der verglichenen Artikel bereits beantwortet werden kann.¹²¹⁾

Bei dieser Sachlage erscheint es überflüssig und sogar verwirrend, die rechtliche Behandlung der "Waren in Substitutionskonkurrenz" aus dem allgemeinen Problem der Gleichartigkeit konkurrierender Waren hervorzuheben und für sie ein besonderes Ergebnis zu vertreten. Mit Hilfe der allgemeinen Gesichtspunkte läßt sich auch für derartige Waren ohne größere Schwierigkeiten die Frage der Gleichartigkeit i. S. von § 16 GWB befriedigend lösen. Der Begriff der Waren in Substitutionskonkurrenz ist also im Zusammenhang mit dem Problem der wettbewerblichen Gleichartigkeit von Waren entbehrlich.

- d) Für die Feststellung der Gleichartigkeit von Waren lassen sich danach die folgenden Merkmale und Gesichtspunkte verwenden.

Die verglichenen Waren müssen im wesentlichen gleiche Eigenschaften und Verwendungszwecke besitzen und innerhalb gleicher Qualitätsstufen stehen. Ob im Einzelfall die bestehenden Unterschiede die Gleichartigkeit ausschließen, ist danach zu beurteilen, welchen Wert der Verbraucher ihnen zumißt. Ist die tatsächliche Verschiedenartigkeit für die Wahl des Käufers entscheidend, so ist keine Gleichartigkeit i. S. des § 16 GWB mehr festzustellen.¹²²⁾ Dann ist die nach dem Normzweck des § 16 GWB durch den Preiswettbewerb erstrebte Kontrolle der Preishöhe nicht gegeben, weil aktuell kein Wettbewerb um die Befriedigung desselben Käuferbedürfnisses vorliegt. Andererseits können Unterschiede und Produktdifferenzierungen, auf die beim Kauf kein entscheidender Wert gelegt wird, die rechtliche Gleichartigkeit der verschiedenen Waren nicht beseitigen.¹²³⁾

121) Ob allerdings die Substitutionskonkurrenz dann materiell die rechtliche Gleichartigkeit i. S. des § 16 GWB ausschließt, hängt von der jeweiligen Fassung des Begriffs "Substitution" ab. Weil im angeführten Schrifttum dieser Begriff nicht festgelegt ist, erscheint eine vergleichende Kritik der vertretenen Meinung wegen ihrer unbestimmten Grundlage unmöglich.

122) z. B. wird zwischen Margarine und Butter wegen der verwendeten pflanzlichen und tierischen Fette wesentlich unterschieden; Leica und Boxkamera werden als Produkte verschiedener Qualitätsstufen nicht wahlweise als Kaufobjekte in Erwägung gezogen.

Maßgebend für die Gleichartigkeit trotz unterschiedlicher Beschaffenheit der verglichenen Waren ist also stets, ob der Käufer ohne Rücksicht auf diese Unterschiede sowohl die eine als auch die andere Ware ohne großes Zögern zur Befriedigung seines Bedürfnisses kaufen könnte. Die Waren müssen dem Verbraucher für austauschbar und durcheinander ersetzbar erscheinen.

Die vom Gesetz erstrebte Preiskontrolle ist natürlich auch gegeben, wenn die preisgebundene Markenware mit nichtgebundenen Markenartikeln ¹²⁴⁾ oder sogar mit anonymen Erzeugnissen ohne Markencharakter im Wettbewerb steht. Daraus folgt, daß die Gleichartigkeit nicht davon abhängig ist, ob die konkurrierenden Waren mit Marken versehen sind. Gleichartig i.S. des § 16 GWB können nach dem Zweck dieser Bestimmung Markenartikel untereinander oder im Verhältnis zu anonymen Waren sein. ¹²⁵⁾ Die Prüfung der Gleichartigkeit konkurrierender Waren im Zusammenhang mit § 16 GWB darf also nicht auf die am Markt erhältlichen preisgebundenen Markenwaren verschiedener Hersteller beschränkt werden. Heranzuziehen sind vielmehr alle tatsächlich konkurrierenden Artikel ohne Rücksicht auf Marke und Preisstabilität.

Bei der ganzen Abgrenzung ist nur ein grober marktwirtschaftlicher Maßstab anzulegen, wenn auch die Gleichartigkeit i.S. des § 16 GWB enger zu fassen ist als derselbe Begriff i.S. des Warenzeichnungsrechts. Bei Verneinung der Gleichartigkeit wäre bereits der Tatbestand des § 16 GWB nicht erfüllt und die vP könnte nach § 17 Abs. I, Ziff. 1 GWB beanstandet werden. Gegen eine kleinliche Auslegung der "Gleichartigkeit" mit der Folge eines häufigen Einschreitens der Kartellbehörde nach § 17 Abs. I, Ziff. 1 GWB spricht folgende Überlegung. Der Preisbinder wird die Preise für seine Markenartikelerher im Preisbereich anderer, seinem Erzeugnis nur entfernt ähnlicher Kon-

123) Etwa Unterschiede in Farbe (weißes-blaues-Waschpulver), Material (Kämme aus Horn oder Kunststoff) oder Form (fester-flüssiger Bohnerwachs).

124) Festpreise gehören nicht zum Wesen des Markenartikels (vgl. § 16 GWB).

125) Gleichartig im oben erarbeiteten Sinn können natürlich auch zwei anonyme Waren sein. Dieser Fall kann aber aus der Betrachtung ausgeschlossen werden, weil für die vP mindestens eine der verglichenen Waren ein Markenartikel sein muß.

kurrenzwaren festsetzen, als im Vertrauen auf die Bevorzugung seiner Artikel durch die Käuferschaft seine Preise als Monopolist ungerechtfertigt überhöhen. Die Preiskontrolle durch Preiswettbewerb wird also praktisch auch dann wirksam, wenn Waren erheblich voneinander abweichen, aber nicht ganz beziehungslos nebeneinander stehen. Die Gefahr einer Sanktion preispolitisch bedenklicher vP durch zu weite Ausdehnung des Gleichartigkeitsbegriffs besteht also wirtschaftlich kaum. Zum anderen kann diese Gefahr in Zweifelsfällen in Kauf genommen werden. Denn wenn bei Bejahung der Gleichartigkeit auch der Tatbestand des § 16 GWB erfüllt ist und somit nach § 17 Abs. I Ziff. 1 GWB die vP nicht verboten werden kann, so besteht doch immer noch die Möglichkeit eines Verbots nach § 17 Abs. I Ziff. 3 GWB, wenn die Preise im Vertrauen auf eine Monopolstellung überhöht werden.

Eine enge Auslegung des Begriffs der Gleichartigkeit konkurrierender Waren würde also häufig für den Hersteller von Markenartikeln die Unmöglichkeit einer vP für sein Erzeugnis bedeuten; eine weitere Auslegung dagegen bringt weder dem Preisbinder Vorteile noch den am gerechten Preis Interessierten erkennbare Nachteile. In § 16 GWB wird die vP für Markenwaren vom generellen Verbot des § 15 GWB ausgenommen und lediglich in § 17 GWB der Kontrolle durch die Kartellbehörde unterworfen. Es ist daher angebracht, dem Preisbinder die Einführung eines Bindungssystems nach § 16 GWB nicht bereits durch engherzige Auslegung des Begriffs der Gleichartigkeit von vornherein zu verwehren, da doch die Möglichkeit eines Eingreifens nach § 17 Abs. I Ziff. 2 und 3 GWB zur Überwachung dieser vP ausreicht. Nur so kann die Vergünstigung, die § 16 GWB für den Markenartikel gegenüber § 15 GWB schaffen will, praktisch wirksam werden. Bei der Bestimmung der Gleichartigkeit i. S. des § 16 GWB ist daher eine großzügige Handhabung mit der Tendenz zur Bejahung der Gleichartigkeit in Zweifelsfällen einer kleinlichen und engen Auslegung vorzuziehen.

- III. Mit Hilfe der dargestellten Gesichtspunkte läßt sich die Gleichartigkeit konkurrierender Waren hinreichend feststellen. Im folgenden soll untersucht werden, ob zwischen preisgleichen gleichartigen Waren ein Preiswettbewerb i. S. des § 16 GWB bestehen kann.

1. Als Grundlage für diese Untersuchung sind zunächst einige allgemeine Bemerkungen zum Begriff des "Preiswettbewerbs", wie er in § 16 Abs. I, Ziff. 1 GWB verwendet wird, erforderlich.

Eine Legaldefinition des Begriffs "Wettbewerb" erschien dem Gesetzgeber nicht möglich und wurde daher im GWB nicht versucht.¹²⁶⁾

Die Begründung zum Regierungsentwurf des GWB versteht unter Wettbewerb das "Streben, durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen, den Verbraucher zum Abschluß eines Vertrages zu bewegen".¹²⁷⁾

Im gleichen Sinne verstehen Borchardt-Fikentscher unter wirtschaftlichem Wettbewerb das

"selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden) durch In-Aussicht-Stellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen." ¹²⁸⁾

Müller-Henneberg erläutert:

"Wettbewerb (Konkurrenz) ist die Durchführung eines Wettkampfes, bei dem mindestens zwei Personen um einen Preis ringen. Er ist notwendig "Parallelkampf". Hierunter fällt im Wirtschaftsleben nur das Verhältnis zwischen Beteiligten auf ein- und derselben Marktseite, nicht das gegeneinander gerichtete Streben der Geschäftspartner." ¹²⁹⁾

126) Schriftlicher Bericht des Wirtschaftspol. Ausschusses in BT-Drucks. 2. Wahlperiode, zu Nr. 3644, S. 13.

127) Amtl. Begründg. zum Reg. Entwurf in BT-Drucks. 1. Wahlp. Nr. 3462, S. 25(d).

128) Borchardt-Fikentscher, S. 15; ebenso Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 39. In WuW 1961, S. 788 ff verteidigt Fikentscher diese Begriffsbestimmung eingehend gegen die im Schrifttum vorgebrachte Kritik und verbessert sie in: "Wirtschaftlicher Wettbewerb ist das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) durch Inaussichtstellen günstiger erscheinender Geschäftsbedingungen".

129) Müller-Henneberg in M-H-S, § 1 Anm. 21.

Nach diesen Definitionen besteht wirtschaftlicher Wettbewerb also genaugenommen zwischen den Herstellern der gleichartigen Waren. Jeder Hersteller versucht durch sein Erzeugnis die Mitbewerber zu übertreffen. Man kann aber, dem Wortlaut des § 16 GWB folgend, auch vom Wettbewerb der Waren untereinander sprechen, indem man auf den Kampf der Artikel um die Gunst der Käuferschaft abstellt. Der Wettbewerbsbegriff läßt sich insoweit mühelos umformulieren.

Ein derartiger wirtschaftlicher Wettbewerb zwischen den einzelnen Waren kann sich am Markt in verschiedener Form abspielen. Unterschiede in der Qualität, im Kundendienst, im Verpackungsluxus oder im Preis können den Verbraucher bei seiner Wahl zwischen den einzelnen Waren beeinflussen.

Das Erfordernis eines Preiswettbewerbs war im Regierungsentwurf zu § 11 (jetzt § 16 GWB) noch nicht enthalten, vielmehr war dort nur vom Wettbewerb der preisgebundenen Markenwaren mit gleichartigen Waren anderer Hersteller die Rede. Nach dieser Fassung würde auch ein Qualitäts- und Nebenleistungswettbewerb für die Zulässigkeit der vP genügen.¹³⁰⁾ Erst der Wirtschaftspolitische Ausschuß des Bundestages ersetzte den Ausdruck "Wettbewerb" in seinem Formulierungsvorschlag durch "Preiswettbewerb". Er begründete das damit, daß nur ein Preiswettbewerb die erforderliche Kontrolle der gebundenen Preise ermögliche, wenn durch eine vP der Preiswettbewerb auf den Handelsstufen ausgeschaltet werde.¹³¹⁾

130) Darauf haben noch die Kartellreferenten der Länder auf ihrer Arbeitstagung am 15./16. Nov. 1956 folgerichtig abgestellt: "Die Frage, ob zwischen Markenwaren verschiedener Hersteller ein Wettbewerb i. S. des § 11 Entwurf besteht, wenn alle Erzeugnisse nach dem gleichen patentierten Verfahren hergestellt werden mit den gleichen technischen Daten und der gleichen Zusammensetzung und sich lediglich durch den eingepprägten Namen des Herstellers unterscheiden, auch ein Service nicht erforderlich ist, wurde verneint. Eine Preisbindung der zweiten Hand in einem solchen Falle wurde daher für unzulässig gehalten."

131) Schriftlicher Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses in BT-Drucksachen, 2. Wahlperiode, zu Nr. 3644, S. 21.
(Ergebnis der Arbeitstagung, abgedruckt in WuW 1956, S. 790)

Diese Neuformulierung wurde Gesetz. Die vom Ausschuß für Wirtschaftspolitik dazu gegebene Begründung ist also als Meinung des Gesetzgebers zu beachten. Nach dem aus dieser Erläuterung des Ausschußberichtes ersichtlichen Zweck wird in § 16 GWB der Preiswettbewerb als Kontrolle der Preishöhe gefordert. Ein Markenartikel-Hersteller soll nicht eine vP für seine Erzeugnisse einführen dürfen, wenn er infolge tatsächlicher Monopolstellung die Preise beliebig hoch festsetzen könnte. Bei freien Preisen bleibt dann wenigstens der Preiswettbewerb der Händler erhalten und verhindert überhöhte Preisforderungen. Stehen bei einer vP die gebundenen Waren aber in Preiswettbewerb mit gleichartigen Waren anderer Hersteller, so muß der Preisbinder die Konkurrenz bei der Festlegung seiner Preise berücksichtigen. Er muß die Preise für seine Erzeugnisse mit dem Konkurrenzdruck und seiner wirtschaftlichen Stärke in Einklang bringen. So "kontrolliert" der Preiswettbewerb die Preishöhe und verhindert, daß überhöhte Preise gefordert werden.

Ob die Konkurrenzartikel Markenwaren oder anonyme Waren sind, ob sie als Markenwaren preisgebunden oder zu freien Preisen vertrieben werden, spielt keine Rolle. Diese Unterschiede können den tatsächlichen Preiswettbewerb nicht beeinflussen, weil es dem Durchschnittsverbraucher beim Kauf mehr auf den Preis als auf Marke oder Preisstabilität ankommt.¹³²⁾ Im wissenschaftlichen Schrifttum wird allerdings häufig vom Meinungsmonopol der Markenartikel gesprochen.¹³³⁾ Man vertritt im Zusammenhang mit diesem Schlagwort die Ansicht, der Markenartikel-Hersteller könne durch die Besonderheiten des Markenartikels (Marke, Verpackung, Werbung) für sein Erzeugnis auf dem Teilmarkt gleichartiger Waren einen Sondermarkt bilden und in der Meinung der Verbraucher gegenüber anonymen Waren ein Monopol erlangen. Es mag zutreffen, daß ein Markenartikel infolge seiner Eigenart und der intensiven Werbung von den Verbrauchern als etwas Besonderes angesehen und anderen Waren gleicher Art vorgezogen wird. Ein wirkliches Meinungsmonopol können jedoch nur wenige Markenartikel erringen, wenn ihr good will alle gleichartigen Konkurrenzwaren übertrifft. Das wird in der Regel nur

132) Müller-Gries, § 16, Anm. 30; Rasch, § 16 Anm. 5; Baumbach-Hefermehl, zu § 16 GWB, Anm. 28.

133) Dazu Röper S. 129 ff mit Zitaten; Mellerowicz, S. 34 ff.

bei überragender Leistung des betreffenden Markenartikel-Herstellers gelingen. Der Markenartikel muß wirklich etwas Besseres sein als die Erzeugnisse der Konkurrenz. Durch Werbung und Ausstattung allein kann auf die Dauer den Verbrauchern nicht eingesuggeriert werden, ein bestimmter Markenartikel sei besser als die gleichartigen Produkte anderer Fabrikanten. Für die Großzahl der angebotenen Markenartikel besteht in der Praxis kein Meinungsmonopol. In der Regel stehen auf einem Teilmarkt noch andere Markenwaren und anonyme Waren im Wettbewerb um die Gunst der Käufer. Die gute Meinung über einen Artikel muß so in ständigem Wettbewerb mit den Leistungen konkurrierender Anbieter ihre Bestätigung finden. Besonders bei Preisunterschieden werden die Verbraucher auch die billigeren Waren probieren und feststellen, daß es neben dem Markenartikel auch billigere Waren gibt, die das Kaufbedürfnis hinreichend befriedigen. Jeder vernünftige Mensch wird die billigere markenlose Ware einem gleichartigen, aber teureren Markenartikel vorziehen. Die wirtschaftliche Kontrolle der Preishöhe durch Wettbewerbsdruck wird auch beim Angebot so unterschiedlich bezeichneter Waren hinreichend wirksam.

Aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 16 GWB geht nicht eindeutig hervor, ob ausschließlicher Preiswettbewerb vorliegen muß oder ob der Erfüllung des Tatbestandes von § 16 GWB irgendein Wettbewerb genügt, wenn darin nur ein Preiswettbewerb enthalten ist.¹³⁴⁾ Der Wirtschaftspolitische Ausschuß ersetzte den Ausdruck "Wettbewerb" durch den engeren Begriff "Preiswettbewerb" nur, um eine vP für solche Markenwaren zu verhindern, die infolge tatsächlicher Monopolstellung überhaupt keinem Preiswettbewerb ausgesetzt sind.¹³⁵⁾ Daraus läßt sich keinesfalls entnehmen, daß sich der Preiswettbewerb stets in unterschiedlichen Preisen äußern müßte. Nach dem gesetzlichen Zweck des § 16 GWB muß aber zumindest eine wirksame Preiskontrolle durch den Wettbewerb ausgeübt werden, um die Festsetzung überhöhter Preise im Rahmen einer vP zu verhindern. Daraus ergibt sich, daß jeder Wettbewerb zur Tatbestands-erfüllung des § 16 GWB genügen muß, wenn er materiell als Preisdruck den Markenartikel-Hersteller bei der Festlegung der Preise be-

134) Langen, § 16 Anm. III, 5 weist auf diese Möglichkeiten der Auslegung hin.

135) Schriftlicher Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses in BT-Drucksachen, 2. Wahlperiode, zu Nr. 3644, S. 21.

einflußt. Ob ein Wettbewerb in Qualität, Quantität oder Nebenleistungen bei nominell gleichen Preisen solch einen materiellen Preiswettbewerb enthält, wird im einzelnen unten anhand von Modellfällen untersucht.

2. Die einzelnen Marktsituationen, in denen bei "Gleichpreisigkeit" konkurrierender Artikel das Vorliegen von Preiswettbewerb problematisch sein kann, sind oben bereits zusammengestellt worden.¹³⁶⁾ Sie müssen im folgenden näher auf diese besondere Problematik hin geprüft werden. Dabei soll in verschiedenen Modellfällen nur auf jeweils ein charakteristisches Merkmal, in dem sich die Waren der verschiedenen Hersteller unterscheiden können, Gewicht gelegt werden:

Preisunterschiede (Fall a)

Qualitätsunterschiede (Fall b)

Quantitätsunterschiede (Fall c)

Unterschiede in Nebenleistungen (Fall d)

In der Praxis werden diese Unterschiede in der Regel nicht so scharf getrennt wie in den Modellfällen auftreten, sondern gehäuft bei den verglichenen Waren zu finden sein. Im konkreten Einzelfall müssen sie dann in ihrer Bedeutung für den Preiswettbewerb nebeneinander beachtet werden.

Ob unabhängig von diesen Unterschieden in der Praxis auch Preiswettbewerb zwischen den am Markt zu gleichen Preisen erhältlichen gleichartigen Waren besteht, kann in jedem der Modellfälle bedeutsam werden, wenn die jeweils angenommenen Unterschiede nicht zur Bejahung eines Preiswettbewerbs führen können. In einem besonderen Modellfall e) wird diese Frage untersucht; das Ergebnis ist gegebenenfalls bei den unter a-d) angenommenen Marktsituationen mit zu berücksichtigen.

- a) Zunächst sei der Fall untersucht, daß gleichartige preisgebundene Markenwaren verschiedener Hersteller zu nominell gleichen Preisen angeboten werden, daneben aber am Markt noch gleichartige Waren zu anderen Preisen zu haben sind.

¹³⁶⁾ Oben S. 57.

Das Bundeskartellamt führt im Tätigkeitsbericht 1959 ein Beispiel für diese Marktsituation aus der Praxis der Schokoladenindustrie an.¹³⁷⁾ 100g-Tafeln bekannter Markenfirmen sind häufig mit einem Preis von 1,30 DM ausgezeichnet, man kann aber auch billigere 100g-Tafeln bekommen. Dieselbe Situation ist in anderen Branchen zu beobachten. Selbst wenn die "Gleichpreisigkeit" das Ergebnis von Absprachen vieler Hersteller ist, wird es in der Praxis auf den Wirtschaftsmärkten der Bundesrepublik oft Außenseiter und ausländische Firmen geben, die für Preisunterschiede sorgen.¹³⁸⁾

Hier kann man in der Regel das Vorliegen von Preiswettbewerb zwischen den gleichartigen angebotenen Waren auf Grund der bestehenden Preisunterschiede bejahen. Teure und billigere Waren konkurrieren um die Gunst der Käufer.

Bedenken ergeben sich bei dieser Marktlage gegen die Annahme eines mit unterschiedlichen Preisen begründeten Preiswettbewerbs aber, wenn die preisgleichen Waren fast den gesamten Marktanteil der gleichartigen Waren ausmachen und nur vereinzelt Waren der gleichen Art zu anderen Preisen angeboten werden. In diesem Fall kann oft keine wirksame Preiskontrolle durch die tatsächlich vorhandenen Preisunterschiede mehr ausgeübt werden, weil praktisch die preisgleichen Waren den gesamten Markt beherrschen. Hier wird die Abgrenzung zwischen vorhandenem und fehlendem Preiswettbewerb äußerst schwierig.

Ein für Preiswettbewerb i. S. des § 16 GWB erforderliches Verhältnis der Marktanteile von preisgleichen und -verschiedenen Waren läßt sich nicht allgemein ziffernmäßig festlegen.¹³⁹⁾ Vielmehr muß das Vorliegen von Preiswettbewerb stets nach den konkreten Marktverhältnissen im Einzelfall beurteilt werden. Nach dem Zweck des § 16 GWB ist ein ausreichender Preiswettbewerb als Kontrolle der gebundenen Preise dann zu bejahen, wenn die Hersteller der preisgleichen Waren ihre Preise nicht ohne Rücksicht auf die Kon-

137) BKA im Tätigkeitsbericht 1959, BT-Drucks., 3. Wahlp. Nr. 1795, S. 36.

138) Dazu eingehend Linhardt-Stöhr in BB 1957, S. 1021 ff (S. 1022 unter 2).

139) So hat das BKA in BB 1960, S. 342 die allgemeine Gültigkeit einer These verneint, nach der Preiswettbewerb bei 5% Marktanteil der gegenüber den preisgleichen Waren billigeren Erzeugnisse gleicher Art vorhanden sein soll.

kurrenz der billigeren Waren festsetzen. Gleichgültig ist dabei, ob die Hersteller der preisgleichen Waren ihre Preise autonom oder nach Verabredung bilden. Der Preiswettbewerb besteht im hier untersuchten Fall nämlich zwischen der Gesamtheit der preisgleichen Waren und den billigeren Produkten gleicher Art. Zur Verneinung eines ausreichenden Preiswettbewerbs muß man dagegen kommen, wenn aus dem Marktanteil der billigeren Waren keine spürbare Gefahr für die Marktstellung der preisgleichen Waren erwächst. Die Stellung der preisgleichen Waren muß dann gegenüber den billigeren Artikeln gleicher Art einer Monopolsituation gleichgeachtet werden. Die Tatsache der unterschiedlichen Preise darf dann nicht zur Annahme von Preiswettbewerb führen, weil die Hersteller die "Konkurrenz" nicht fürchten.¹⁴⁰⁾

Weiterhin ist die Ausnahmesituation zu beachten, daß alle am Markt vorhandenen Artikel gleicher Art, die z. T. zu gleichen und zu verschiedenen Preisen angeboten werden, zusammen die dringende Nachfrage nicht befriedigen können.¹⁴¹⁾

Hier kann trotz der vorhandenen Preisunterschiede kein aktiver Preiswettbewerb angenommen werden. Wettbewerb setzt voraus, daß einer der Streitenden zumindest theoretisch unterliegen kann, wenn auch praktisch unentschiedene Wettkämpfe vorkommen. Bei einem Übergewicht dringender Nachfrage wird aber das gesamte Angebot sofort abgenommen; für keine der Waren besteht die Gefahr von Absatzschwierigkeiten. In einer solchen Marktsituation kann jeder Hersteller den Preis für sein Erzeugnis frei festsetzen, ohne aus Wettbewerbsgesichtspunkten bei der Preisgestaltung durch den Preis der gleichartigen Waren anderer Hersteller "kontrolliert" zu werden.

Linhardt-Stöhr halten bei einer solchen Sachlage die vP für unzulässig, weil kein Preiswettbewerb mit der vom Gesetzgeber vorgesehenen Kontrollwirkung bestehe.¹⁴²⁾ Demgegenüber weist Droste darauf hin, daß bei dieser Marktlage auch von einer freien Preisbildung ein niedrigeres Preisniveau keinesfalls zu erwarten sei, vielmehr gerade die vP verhin- dern könne, daß sich die überhöhte Nachfrage in den Handelsstufen

140) Ob in diesem Fall ein Preiswettbewerb zwischen den preisgleichen Waren besteht, wird unter e) geprüft.

141) Im Wirtschaftsleben der Bundesrepublik hat dieser Ausnahmefall gewöhnlich wohl nur theoretische Bedeutung.

142) Linhardt-Stöhr in BB 1957, S. 1021 ff (1022 unter 2).

preissteigernd auswirkt.¹⁴³⁾ Diese Argumentation Drostes hat entscheidendes Gewicht. Oft sind es gerade die Händler, die bei freien Preisen aus einem Mißverhältnis von Angebot und Nachfrage übermäßigen Gewinn ziehen wollen und so überhöhte Spammen kalkulieren. Allerdings werden dann die verschiedenen Händlerpreise dem Wert der Marke aus dem Gesichtspunkt der psychologischen Verknüpfung von Festpreis und Güte der Waren in der Vorstellung der Verbraucher keinen Abbruch tun, weil die überhöhte Nachfrage die gesamte Produktionsmenge ohne Rücksicht auf Güte der Ware sofort erfaßt. In dieser Situation kann die vP also nicht mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit "fester Preise als Gütebeweis" gerechtfertigt werden. Der Markeninhaber muß aber in die Zukunft planen. So kann er daran interessiert sein, ungerechtfertigte Preisüberhöhungen seitens der Händler zu verhindern, um die Wertschätzung seiner Marke durch die Käuferschaft im Hinblick auf kommende normale Marktverhältnisse nicht zu gefährden. Zudem bringt die vP dem Preisbinder auch technische Vorteile; z.B. kann der Vertrieb der Markenwaren bei einheitlichen Preisen rationalisiert und automatisiert werden.

Da hohe Preise auch bei Preisfreiheit in der angenommenen anormalen Marktlage nicht zu vermeiden sind, sollte dem Markeninhaber die Verfolgung dieser Interessen durch Einführung einer vP nicht mit dem Hinweis auf die Gefahr überhöhter Preise abgeschnitten werden. In diesem Zusammenhang muß auch beachtet werden, daß ein bei unbefriedigter Nachfrage naturgemäß hoher Preis in freier Marktwirtschaft dem Fordern den keinen Makel einträgt und daß die einzelnen Hersteller in der Regel keine Schuld am fehlenden Marktgleichgewicht tragen.

Nach alledem erscheint es nicht gerechtfertigt, bei überhöhter Nachfrage eine vP tatbestandsmäßig für unzulässig zu halten mit der Begründung, daß trotz unterschiedlicher Preise keine aktive Preiskontrolle ausgeübt wird. In dieser Situation müssen die tatsächlichen Preisdifferenzen zur Annahme eines Preiswettbewerbs i. S. des § 16 GWB zwischen den gleichartigen Waren der verschiedenen Hersteller ausreichen. Ergibt die vP im Einzelfall eine selbst in dieser Marktlage ungerechtfertigte Preiserhöhung, so bietet § 17 Abs. 1, Ziff. 3 GWB eine ausreichende Handhabe zur Beanstandung.

143) Droste in Betrieb 1958, S. 99 ff (S. 100 unter 4).

- b) Des weiteren kann sich am Markt die Situation ergeben, daß alle gleichartigen Waren zu nominell gleichen Preisen angeboten werden, zwischen ihnen aber Qualitätsunterschiede bestehen. Obwohl erhebliche Qualitätsunterschiede die Gleichartigkeit konkurrierender Waren ausschließen können ¹⁴⁴⁾, gibt es doch auch gleichartige Waren verschiedener Güte. Geringere Wertunterschiede innerhalb von "Qualitätsstufen" berühren die Gleichartigkeit nicht.

In Rechtslehre und Rechtsprechung zu § 16 GWB wird übereinstimmend darauf hingewiesen, daß Qualitätsunterschiede bei der Frage des Preiswettbewerbs zu berücksichtigen sind. ¹⁴⁵⁾ Eingehend prüft lediglich der Markenverband die Beziehungen zwischen Preis und Qualität. Er kommt zu dem Ergebnis, daß unterschiedliche Qualität bei nominell gleichen Preisen eine unterschiedliche Preisstellung bedeute, weil die Relation der Preise zum Wert der angebotenen Leistungen verschieden sei. Daraus folgert der Markenverband das Vorliegen von Preiswettbewerb i. S. von § 16 GWB bei der hier angenommenen Marktlage.

Den Ausführungen des Markenverbandes kann im wesentlichen gefolgt werden. Die Qualität einer Ware berührt mittelbar den Preis. Eine schlechte Ware erscheint teurer als eine zum selben Preis erhältliche bessere Ware der gleichen Art. Wirtschaftlich stehen also auch preisgleiche Waren von unterschiedlicher Qualität in Preiswettbewerb miteinander. Praktisch wird der Preisbinder an der Festsetzung eines hohen Preises für seine minderwertige Ware durch gleichhohe Preise besserer Artikel gleicher Art ebenso stark gehindert wie durch niedrigere Preise gleichwertiger Konkurrenzwaren. Die erforderliche Preiskontrolle ist bei diesem versteckten Preiswettbewerb daher trotz nominell gleicher Preise gegeben. Gegen die vP bestehen aus diesem Grund keine Bedenken. Ein Qualitätsunterschied kann aber nur dann für den Preiswettbewerb bedeutsam werden, wenn er auch für den Durchschnittsverbraucher des betreffenden Artikels erkennbar ist.

144) Siehe oben S. 63, 67 f.

145) Schwartz in M-H-S, § 16 Anm. 25; Baumbach-Hefermehl, zu § 16 GWB Anm. 29; BKA in BB 1960, S. 342; Rasch, § 16 Anm. 5; Markenverband in MA 1957, S. 425 ff (432)-

Für den laienhaften Käufer nicht erkennbare, oft erst bei langwierigen und eingehenden Tests festzustellende : Qualitätsunterschiede genügen in diesem Zusammenhang nicht.¹⁴⁶⁾ Bei solch versteckten Güteunterschieden halten die Verbraucher alle konkurrierenden Waren der verschiedenen Hersteller für gleichwertig und damit die gleichen Preise für gerechtfertigt. Die Kontrolle der gebundenen Preise für die schlechtere Ware ist dann nicht vorhanden, weil der Preisbinde der keinen wettbewerblichen Nachteil befürchten muß; denn das im Vergleich zur Konkurrenzware schlechtere Verhältnis von Qualität und Preis seines Erzeugnisses kommt dem Käufer garnicht zu Bewußtsein. Ob allerdings im Einzelfall ein bestehender Qualitätsunterschied für den Durchschnittsverbraucher erkennbar ist, muß unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles entschieden werden. Allgemeine Ausführungen in dieser Richtung sind nicht möglich.

- c) Auch infolge von Quantitätsunterschieden können preisgleiche Waren tatsächlich in Preiswettbewerb stehen. Bekommt der Kunde für den nominell gleichen Preis gleichartige Waren verschiedener Hersteller in erheblich unterschiedlicher Menge, so wird er die größere Packung als relativ billiger bevorzugen. Der Hersteller der in kleineren Packungen verkauften Ware muß bei Festsetzung des Preises diese Wettbewerbssituation beachten. Nur wenn er den relativ hohen Preis aus eigener Kraft im Wettbewerb mit der preiswerteren Konkurrenzware behaupten kann, wird er ihn in dieser Höhe festlegen. Andernfalls muß er ihn aus Wettbewerbsgesichtspunkten niedriger ansetzen. Die Preishöhe wird also auch in diesem Fall kontrolliert. Gegen eine vP ist daher aus dem Gesichtspunkt des Preiswettbewerbs nichts einzuwenden.
- d) Weiterhin kann es vorkommen, daß alle gleichartigen Waren am Markt zu nominell gleichen Preisen angeboten werden, einzelne dieser Artikel aber besonders luxuriös verpackt sind, für sie besonders geworben wird oder ihr Erwerb mit einem zusätzlichen kostenlosen Kundendienst seitens des Herstellers belohnt wird.

Diese Unterschiede führen in der Wertung der Verbraucher nicht zu einer relativ unterschiedlichen Preissetzung, weil sie mit dem Preis auch

146) Das BKA weist in BB 1960, S. 342 am Beispiel der Autoreifen darauf hin, a. A. Frankf. Komm. § 16 Anm. 32 ohne Begründung.

wirtschaftlich nicht in Verbindung gebracht werden. In der Regel wird die Verpackung als kostenlose und für den Wert des Einkaufs unwesentliche Beigabe gewertet und nicht als relative Verbilligung des gekauften Gegenstandes gegenüber unverpackter Ware der gleichen Art angesehen. Gelegentlich kann jedoch eine wertvolle Verpackung, obwohl sie für den Charakter der Ware nicht wesentlich ist, im Käufer die Vorstellung eines günstigen Einkaufs erwecken, etwa wenn das Einschlagpapier mit Ausschneidemustern für Flugzeugmodelle zum Selbstbasteln bedruckt ist.^{146a)} Bei einer solchen Sachlage kann das Publikum die verpackte Ware für billiger halten als einen unverpackten Artikel gleicher Art, wenn es die Vorstellung hegt, der Wert der Verpackung stecke mit im Preis der verpackten Ware. Sieht die Käuferschaft dagegen diese Verpackung für wertlos oder für eine geschenkwaise Sonderleistung des Händlers an, so sind in seiner Vorstellung die konkurrierenden Waren preisgleich. Es kann dann unter dem Gesichtspunkt der unterschiedlichen Verpackung kein Preiswettbewerb bejaht werden, weil es an einer wirksamen Preiskontrolle fehlt. Schließlich ist es möglich, daß auf eine bestimmte Verpackung beim Kauf ein besonderer Wert gelegt wird, wie z.B. bei Parfum-Geschenkpäckungen. In diesem Fall gehört die Verpackung mit zur Ware selbst, sie ist ein Teil derselben und bedingt einen Qualitätsunterschied zu den unverpackten ähnlichen Artikeln anderer Hersteller.¹⁴⁷⁾

Das Service wird in der Regel ausdrücklich als kostenlose Nebenleistung angeboten. Die Ware bleibt in der Wertung des Verbrauchers gleich teuer, ob solch ein zusätzlicher Kundendienst gewährt wird oder nicht. Derartige Service-Leistungen werden oft vom Verbraucher als entbehrlich abgelehnt. Würde der Kunde sie als Verbilligung der Ware ansehen, so nähme er den Kundendienst sicher bereitwillig in Anspruch. Notwendige Serviceleistungen können hier außer Acht gelassen werden, weil sie bei allen gleichartigen Waren gleichmäßig vorgenommen werden müssen und so eine unterschiedliche Handhabung nicht vorstellbar ist.

146a) Es kann hier nicht darauf eingegangen werden, ob in einem solchen Fall die Grundsätze der Zugabe-Verordnung angewendet werden können.

147) In diesem Fall kann unter den oben im Fall b) dargestellten Gesichtspunkten ein Preiswettbewerb zwischen verpackten und unverpackten Waren bestehen.

Auch die besonderen Reklameleistungen werden vom Verbraucher nicht in Beziehung zum Preis der Waren gesetzt, sondern allgemein als "steuerlich absetzbare" zusätzliche Aufwendungen des Verkäufers angesehen.

Derartige Nebenleistungen beeinflussen also nicht einmal mittelbar in der Vorstellung der Käuferschaft den Preis der angebotenen Waren. Eine Kontrolle der nominellen Preise durch wirtschaftlich spürbaren Preisdruck der Konkurrenzwaren kann dieser Nebenleistungswettbewerb nicht ausüben. Somit darf aus diesen Unterschieden beim Vertrieb der gleichartigen Waren nicht auf das Bestehen von Preiswettbewerb zwischen den konkurrierenden Artikeln geschlossen werden.

- e) In der bisherigen Untersuchung wurde bei der Prüfung eines Preiswettbewerbs i. S. von § 16 GWB lediglich auf äußere Unterschiede zwischen den konkurrierenden gleichartigen Waren abgestellt. Die Beantwortung der Frage, ob ohne Rücksicht auf diese Unterschiede bei nominell gleichen Preisen ein ausreichender Preiswettbewerb bestehen kann, wurde dabei zurückgestellt. In den bisher gewürdigten Modellsituationen kann aber die Frage des Preiswettbewerbs unabhängig von äußeren Unterschieden der konkurrierenden Waren bedeutsam werden. Das gilt vor allem für den Fall a), wenn die neben den preisgleichen Waren zu unterschiedlichen Preisen angebotenen gleichartigen Artikel wegen ihres geringen Marktanteils die Preisgestaltung praktisch nicht beeinflussen können und deshalb mit den Preisdifferenzen ein Preiswettbewerb nicht ausreichend begründet werden kann. Auch im Fall d) kann nur die Bejahung eines Preiswettbewerbs trotz Preisgleichheit der verglichenen Waren die Zulässigkeit der vP ergeben.

Abschließend soll daher geprüft werden, ob zwischen gleichartigen Waren die zu nominell gleichen Preisen angeboten werden, ohne Rücksicht auf die in den Modellfällen b-d) herausgestellten Unterschiede ein Preiswettbewerb i. S. des § 16 GWB bestehen und daher bei derartigen Waren die vP zugelassen werden kann. Bei Bejahung dieser Frage werden die Ergebnisse der vorher untersuchten Modellfälle für die Praxis nicht überflüssig. Ein Preiswettbewerb auf Grund der dort vorausgesetzten Unterschiede (vor allem Qualitäts-, Quantitäts- oder Nebenleistungsunterschiede) läßt sich praktisch viel einfacher feststellen als wenn diese Unterschiede von vornherein nicht beachtet werden. Bei Vorliegen solcher Unterschiede wird man daher

die Frage des Preiswettbewerbs trotz Preisgleichheit, wie sie im folgenden untersucht werden soll, erst aufwerfen, wenn mit den anderen Unterschieden der konkurrierenden Waren ein ausreichender Preiswettbewerb nicht festgestellt werden kann. Wenn die verglichenen Waren sich in der Weise, wie es in den oben untersuchten Modellfällen vorausgesetzt wurde, unterscheiden, so ist die Prüfung des Preiswettbewerbs zwischen den preisgleichen Waren also nur subsidiär auf dem im folgenden gewiesenen Wege vorzunehmen.

Die hier angenommene Modellsituation kann aber auch sehr wohl allein in der Praxis gegeben sein, ohne daß die vorher untersuchten Modellfälle sich verwerten lassen. Das ist der Fall, wenn gleichartige Waren verschiedener Hersteller keinen der oben hervorgehobenen Unterschiede aufweisen und zu nominell gleichen Preisen verkauft werden. Daher ist auch ohne den Hinweis auf die - allerdings nur subsidiäre - Bedeutung des gesuchten Ergebnisses für die bisher geprüften Fälle die folgende Untersuchung gerechtfertigt.

In den Materialien zum GWB ist das Problem des Preiswettbewerbs bei "Gleichpreisigkeit" gleichartiger Waren nicht angeschnitten worden. Rechtslehre und Rechtsprechung bejahen allgemein die Möglichkeit eines Preiswettbewerbs trotz einheitlicher Preise.¹⁴⁸⁾ Als Begründung wird übereinstimmend angeführt, daß sich im Wettbewerb häufig die Preise für gleichartige Waren verschiedener Hersteller auf der gleichen Höhe einpendeln. Nach den Erkenntnissen der Wirtschaftstheorie soll der einheitliche Preis für gleiche Erzeugnisse auf Märkten mit vollständiger Konkurrenz gerade das wünschenswerte Ergebnis des Preiswettbewerbs sein.¹⁴⁹⁾

Andererseits wird in der Literatur das Vorliegen von Preiswettbewerb verneint, wenn die einheitliche Preishöhe nicht unter Wettbewerbs-

148) Markenverband in MA 1957, S.425 ff (432); Schwartz in M-H-S, § 16 Anm.25; Müller-Gries, § 16 Anm.30; Mayer-Wegelin, § 16 Anm.4; Droste in Betrieb 1958, S.99 ff(100 unter 4); Rasch, § 16 Anm.5; Baumbach-Hefermehl, zu § 16 GWB Anm.29; Völp in WRP 1958, S.3; Gabriel in MA 1958, S.717; BKA in BB 1960, S.342; BGH in BB 1958, S.214 ff(215); Frankf-Komm. § 16 Anm.33. LG Essen in WuW 1960, S.879 ff(881); LG Dortmund in WuW 1961, S.348 f; Fikentscher in WuW 1961, S.788 ff(94) Fikentscher, Preisempfehlung, S.26.

149) Markenverband in MA 1957, S.432.

druck entstanden ist, sondern sich aus einem kartellmäßigen oder kartellähnlichen Verhalten der Hersteller ergibt.¹⁵⁰⁾

Es ist offensichtlich, daß sich Preise im freien Wettbewerb auf dem gleichen Niveau einpendeln können. Vor allem die Preise für geringwertige Konsumgüter werden so kalkuliert, daß neben der Kostendeckung nur eine geringe Gewinnspanne übrigbleibt; die Absatzmen-ge summiert den Gewinn zur erwünschten Höhe. Nun ist rationelleres Arbeiten in der Regel bei vollmaschineller Herstellung nicht mehr möglich. Auch die Mindestlöhne und -gehälter sind innerhalb einer Branche durch die von Gewerkschaften durchgesetzten Tarife gleichhoch. Allerdings können bei verschiedenem Alter der Maschinenanlagen die unterschiedlichen Abschreibungsquoten als Kostenbestandteile die Produktionskosten der verglichenen Unternehmen verschieden beeinflussen. Bei der zahlenmäßig großen Produktion von Massenartikeln (z.B. Schokolade) fallen diese Kostenbestandteile beim Preis des einzelnen Erzeugnisses jedoch kaum ins Gewicht. Der Betrag für die Kostendeckung weist also bei den verschiedenen Herstellern einer Branche im wesentlichen die gleiche Höhe auf. Eine Preisherabsetzung kann bei wirtschaftlicher Produktion nur auf Kosten des Gewinns vorgenommen werden. Hier gebietet die vernünftige Planung einmal einen Preisstop nach unten. Diese Überlegungen zeigen, daß der wirtschaftlich noch tragbare Mindestpreis bei den verschiedenen Herstellern gleichartiger Waren etwa auf dem gleichen Niveau liegt. Nach oben verbietet meist die Konkurrenzlage eine Preissteigerung. So ist es durchaus zu verstehen, wenn Waren verschiedener Hersteller auf dem Markt zu gleichen Preisen erhältlich sind. Gerade die Abhängigkeit vom Wettbewerb kann also zur Bildung übereinstimmender Preise für gleichartige Waren führen. Aus der Tatsache nominell gleicher Preise kann also allein nicht auf fehlenden Preiswettbewerb zwischen gleichartigen Waren geschlossen werden.

Auch die Stabilität der Preise über einen längeren Zeitraum hinweg spricht nicht eindeutig gegen das Vorliegen von Preiswettbewerb.¹⁵¹⁾ Denn es ist durchaus denkbar, daß bei gleichbleibenden Kosten kein Hersteller die autonom gesetzten Preise senken kann, sie aber aus Wettbewerbsgründen auch nicht erhöhen will. Hier besteht latentein

150) Frankf. Komm. § 16 Anm. 35; Linhardt-Stöhr in BB 57, S. 1021 ff. (1022 unter 2) Baumbach-Hefermehl, zu § 16 GWB, Anm. 27; Droste in Betrieb

Preiswettbewerb, der jederzeit wieder aktiv werden kann. Zu beachten ist auch das Interesse der Markeninhaber an möglichst stabilen Preisen.

Allerdings begründet langdauernde Preisstabilität, vor allem bei veränderten Löhnen und Produktionskosten, den Verdacht einer Preisabrede zwischen den Herstellern.¹⁵²⁾ Deshalb schlägt Mayer-Wegelin vor, die Prüfung, ob trotz Preisgleichheit zwischen den gleichartigen Waren ausreichender Preiswettbewerb gegeben ist, analog § 11 GWB auf einen Zeitraum von mindestens drei Jahren zu erstrecken.¹⁵³⁾ Jedoch bleibt auch dann die Preisstabilität lediglich Indiz für Vereinbarungen der Hersteller. Das Zeitmoment allein kann nicht als Beweis für Preisabreden verwendet werden. Andererseits kann nach kurzer Zeit der eindeutige Beweis für eine gemeinsame Festlegung der Preise durch die Hersteller gelingen.¹⁵⁴⁾ Ob in Wirklichkeit Preisabreden der Hersteller vorliegen, muß in der Praxis eingehend geprüft werden. Zwar ist bei zivilrechtlichen Streitigkeiten über die Zulässigkeit einer vP der Berechtigte für das Vorliegen von Preiswettbewerb beweispflichtig nach allgemeinen prozeßrechtlichen Grundsätzen. Dabei ergeben sich dann auch die allgemeinen Probleme der formellen und materiellen Wahrheit. Kartellrechtlich kann das Bundeskartellamt nach § 17 Abs. I Ziff. 1 GWB die vP aber in diesem Zusammenhang nur beanstanden, wenn es materiell zu der Überzeugung gelangt ist, daß kein Preiswettbewerb besteht. Hier trifft auch bei nominell gleichen Preisen den Preisbinder keine Beweislast für das Vorliegen von Preiswettbewerb.¹⁵⁵⁾

Werden allerdings die Preise wirklich durch Vereinbarungen der Hersteller gleichmäßig festgelegt, so besteht kein Preiswettbewerb zwi-

Forts. d. Anm. 150

1958, S. 99 ff (100 unter 4); Schwartz in M-H-S, § 16 Anm. 23; Müller-Gries, § 16 GWB Anm. 30

151) Mayer-Wegelin, § 16 Anm. 4; Baumbach-Hefermehl zu § 16 GWB, Anm. 29.

152) Schwartz in M-H-S, § 16 Anm. 25; Müller-Gries, § 16 Anm. 30; Baumbach-Hefermehl, zu § 16 GWB, Anm. 29.

153) Mayer-Wegelin, § 16 Anm. 4.

154) z. B. wenn Preislisten bereits vor der allgemeinen Preisangleichung die späteren übereinstimmenden Preise enthielten (dazu aus der Praxis BKA in BB 1960, S. 342).

155) Langen, § 16 Anm. VIII a. E.

schen den gleichartigen Waren.¹⁵⁶⁾ Die Preiskontrolle kann nicht wirken, weil kein Hersteller bei der Preisfestsetzung wettbewerbliche Nachteile durch billigere Konkurrenzware und Preissenkung der Mitbewerber befürchten muß. Da bei vP auch auf den Handelsstufen durch die Verpflichtung der Händler zur Preiseinhaltung jeder Preiswettbewerb ausgeschaltet würde, darf eine vP hier nicht zugelassen werden. Denn bei einer Verbindung von kartellmäßigen Preisabsprachen der Hersteller und vP besteht wie beim Monopol die Gefahr einer Preisüberhöhung. Führt einer der an der Preisabrede beteiligten Hersteller eine vP für sein Erzeugnis ein und kann die Preisabsprache bewiesen werden, so ist wegen fehlenden Preiswettbewerbs der Tatbestand des § 16 GWB nicht erfüllt, und das Bundeskartellamt kann nach § 17 Abs. I Ziff. 1 GWB die vP für materiell unzulässig erklären.¹⁵⁷⁾ Den formellen Kartellabsprachen sind in diesem Zusammenhang gleichzusetzen andere Erscheinungsformen gleichförmigen Verhaltens der Preisbinder. Dazu gehört zunächst die Preisführerschaft. Von Preisführerschaft im eigentlichen Sinne spricht man, wenn verschiedene Personen, die in gleicher Parteilstellung Rechtsgeschäfte mit Dritten abschließen, sich nach den Preisen richten, die einer von ihnen festlegt.¹⁵⁸⁾ Selbst wenn die Preisführerschaft von den Beteiligten nicht vereinbart ist, besteht kein freier Preiswettbewerb zwischen diesen. So ist es z.B. in dem

156) Dabei soll hier nicht unterschieden werden zwischen Kartellverträgen mit rechtlicher Bindungswirkung und Absprachen der Hersteller von gleichartigen Waren ohne rechtlichen Verpflichtung der Beteiligten (sog. gentleman agreements). Zum Streit, ob gentleman agreements unter den Kartelltatbestand fallen, vgl. Lukes, S. 132 u. 303; Müller-Henneberg in M-H-S, § 1 Anm. 18; Baumbach-Hefermehl, zu § 1 GWB Anm. 2 u. 19. Jedenfalls beschränken die gentleman agreements tatsächlich den Wettbewerb zwischen den Beteiligten; diese Tatsache ist in diesen Zusammenhang allein bedeutsam.

157) Die Bestätigung der Anmeldung nach § 16 Abs. IV GWB erstreckt sich nur auf die formelle Zulässigkeit der vP. Sie muß auch bei fehlendem Preiswettbewerb vorgenommen werden, wenn die vP ordnungsgemäß angemeldet ist. Materielle Mängel können, auch wenn sie bereits im Zeitpunkt der Anmeldung erkennbar vorliegen, nur nach § 17 GWB beantragt werden. (Baumbach-Hefermehl zu § 16 GWB, Anm. 46).

158) Lukes, S. 304/305.

Fall, daß kleinere Unternehmen von sich aus in ihrer Preisgestaltung einem wirtschaftlich starken Hersteller derselben Branche folgen, damit dieser überlegene Konkurrent sie nicht bekämpft und vernichtet. Die schwachen Unternehmen folgen dann zwar aus Wettbewerbsgesichtspunkten dem Preisführer. Die wirtschaftliche Macht des Konkurrenten veranlaßt sie zur Gefolgschaft. Die Preishöhe wird aber in diesem Fall nicht durch wirksamen Preiswettbewerb kontrolliert, sondern ist allein von der Festsetzung des Preisführers abhängig.

Auch bei der Befolgung von unverbindlichen Empfehlungen durch alle Hersteller gleichartiger Waren kann ein Preiswettbewerb fehlen. In der Praxis folgen Unternehmer häufig den Empfehlungen ihrer Verbände oder sonstiger Wirtschaftsexperten. Solche Empfehlungen können sich auch auf die Preisgestaltung beziehen. Vereinbaren die Hersteller die Befolgung der Empfehlung, so ist kein Preiswettbewerb mehr vorhanden, weil die beteiligten Unternehmen einheitlich ihre Preishöhe nach der Empfehlung richten. Oft wird jedoch die einheitliche Befolgung von horizontalen Preisempfehlungen nicht durch die Adressaten vereinbart, sondern ergibt sich aus spontanem Parallelverhalten.¹⁵⁹⁾ Hier kommt es im Ergebnis zwar auch zu gleichförmigem Verhalten zwischen den Herstellern. Da aber kein Unternehmer weiß, ob die Konkurrenten die Empfehlung befolgen werden, muß er die Wettbewerbslage weiterhin beachten. Er muß also überlegen, ob er trotz der Konkurrenz seiner Mitbewerber die Empfehlung befolgen und seine Preise entsprechend festsetzen kann. In diesem Fall spontanen Parallelverhaltens kann man also noch von einer Preiskontrolle und von ausreichendem Preiswettbewerb sprechen. Im übrigen kommt es hier auf die Gestaltung des Einzelfalls an. Wenn bereits alle Mitbewerber der Empfehlung gefolgt sind, so kann der letzte Markenartikel-Hersteller dieser Branche seinen Preis auch nach der Empfehlung richten, ohne Preiswettbewerb und Unterbietung befürchten zu müssen. Sein Festpreis bildet sich dann nicht im Preiswettbewerb, ausschlaggebend für die Preishöhe ist lediglich der Inhalt der Empfehlung. Dann fehlt es an der Preiskontrolle, welche für die Zulässigkeit einer Preisbindung so wesentlich ist.

Kartellmäßige Preisabreden der Hersteller sind nicht nur in theoretischen Überlegungen vorstellbar. Dem Bundeskartellamt gab gerade

159) Müller-Henneberg in M-H-S, § 1 Anm. 18 a.E.

diese Situation zum ersten Mal Anlaß zur Beanstandung einer vP nach § 17 Abs. I Ziff. 1 GWB. Die westdeutschen Reifenhersteller hatten für alle im Geltungsbereich des GWB hergestellten Autoreifen zu Beginn des Jahres 1960 einheitliche Preise vereinbart. Die angemeldeten vP der einzelnen Hersteller hat das Bundeskartellamt wegen fehlenden Preiswettbewerbs für unzulässig gehalten, nachdem es die Preisabreden für erwiesen ansah.¹⁶⁰⁾

Kartellmäßige Vereinbarungen der Hersteller brauchen nicht direkte Preisabreden zu sein. Sind es solche, so liegt sicher kein Preiswettbewerb zwischen den Erzeugnissen der Kartellmitglieder vor. Andere Vereinbarungen, die keine direkte Preisabrede enthalten, können den Preiswettbewerb ausschließen, wenn sie mittelbar die Preisgestaltung der Hersteller derart beeinflussen, daß praktisch nur gleiche Preise festgelegt werden. Ob derartige Absprachen kartellrechtlich zulässig sind, spielt für die Frage des Preiswettbewerbs keine Rolle. Denn der Preiswettbewerb ergibt sich aus der tatsächlichen Marktlage; wenn nach § 1 GWB verbotene Vereinbarungen befolgt werden und die Marktverhältnisse tatsächlich beeinflussen, müssen sie auch bei der Prüfung des Preiswettbewerbs berücksichtigt werden. Auch bei zulässigen und genehmigten Kartellverträgen kann die vP der Kartellmitglieder unzulässig sein, wenn die horizontale Vereinbarung den Preiswettbewerb tatsächlich ausschließt.¹⁶¹⁾

Aus dem Katalog der §§ 2 ff GWB kommen neben dem reinen Preiskartell (möglich nach § 8 GWB) als Kartellvereinbarungen, die den Preiswettbewerb zwischen den Mitgliedern beeinflussen können, das Konditionenkartell (§ 2 GWB), das Rabattkartell (§ 3 GWB) und das Exportkartell (§ 6 GWB) in Betracht.

Das Konditionenkartell erlaubt jedoch aktiven Preiswettbewerb. Nach § 2 Abs. I Satz 2 GWB dürfen sich Vereinbarungen des Konditionenkartells nicht auf Preise oder Preisbestandteile beziehen. Jedes Kartellmitglied muß also die Preise für seine Erzeugnisse weiter im Wettbewerb mit den anderen Herstellern autonom festlegen. Die Gefahr einer Preisüberhöhung wegen Monopolstellung des Kartellverbandes besteht

160) BKA in BB 1960, S. 342 ff. Die in der Entscheidung zusätzlich angestellten Erörterungen zur Frage des Preiswettbewerbs bei Qualitätsunterschieden zwischen den einzelnen Fabrikanten und beim Angebot billigerer Importreifen interessieren beim hier unterstellten Modellfall nicht.

161) Völz in WRP 1958, S. 3; Linhardt-Stöhr in BB 1957, S. 1022.

also beim reinen Konditionenkartell nicht. Daß der Konditionenwettbewerb auf der Herstellerstufe ausgeschaltet wird, kann den Preiswettbewerb nicht beeinflussen.

Das Rabattkartell läßt nur eine Vereinbarung der Hersteller über die Höhe der Rabattsätze zu. Der Grundpreis wird von einer solchen Vereinbarung nicht berührt, selbst wenn man die Handelsspannen in Form von Rabatten angibt. Preiswettbewerb kann also in voller Schärfe auch zwischen den Mitgliedern eines Rabattkartells bestehen.¹⁶²⁾

Das Exportkartell dagegen beeinträchtigt direkt den Preiswettbewerb zwischen den Mitgliedern, wenn es Preisabreden enthält. Jedoch äußert es seine Wirkungen nur auf dem Auslandsmarkt. Innerhalb der Bundesrepublik als Geltungsbereich des GWB kann auch ein Exportkartell den Preiswettbewerb zwischen gleichartigen Waren verschiedener Hersteller nicht ausschließen.

Ob im Katalog der § 2 ff GWB nicht erwähnte Kartellverträge indirekt den Preiswettbewerb durch versteckte Preisabreden beeinflussen können, muß jeweils im Einzelfall entschieden werden. Die Vielzahl der möglichen Varianten verbietet genauere Ausführungen.

IV. Ergebnis der Untersuchungen

Die "Gleichartigkeit von Waren" i.S. des § 16 GWB ist enger zu fassen als im Bereich des WZG. Sie ist gegeben bei Waren mit wesentlich gleichen Eigenschaften und Verwendungszwecken, solange die Waren innerhalb gleicher Qualitätsstufen stehen und vom Verbraucher für austauschbar gehalten werden. Bei dieser Einstufung ist ein grober marktwirtschaftlicher Maßstab anzulegen, wobei im Zweifel die Gleichartigkeit zu bejahen ist. Preisgebundenheit und Markeneigenschaft sind für die Gleichartigkeit von Waren nicht von Bedeutung. Preisunterschiede zwischen den verglichenen Waren können nicht zur Verneinung der Gleichartigkeit herangezogen werden. Eine besondere Behandlung der "Waren in Substitutionskonkurrenz" ist im Zusammenhang mit § 16 GWB überflüssig.

162) So unterscheidet das BKA beim Verbot der angemeldeten Rabattkartelle auf dem Handelsrohrmarkt zwischen Preiswettbewerb und Wettbewerb durch Rabattgewährung (WRP 1960 S.42 u.S.102);vgl. auch Frankf.Komm.§ 16 Anm.35 und Günther in MA 1960,S.422 f.

Als Preiswettbewerb i. S. des § 16 GWB genügt jeder Wettbewerb, der materiell als Preisdruck die Festsetzung der Preise beeinflusst. Begrifflich ist Preiswettbewerb bei nominell gleichen Preisen nicht ausgeschlossen. Bei der Prüfung des Preiswettbewerbs sind sowohl preisgebundene und freie Markenwaren als anonyme Waren heranzuziehen, soweit sie nur einander gleichartig sind.

Werden neben preisgleichen Waren verschiedener Hersteller noch gleichartige Waren anderer Herkunft zu verschiedenen Preisen angeboten, so ist in der Regel Preiswettbewerb nicht ausgeschlossen, selbst wenn bei unbefriedigter Nachfrage kein aktiver Preiswettbewerb zu beobachten ist. Können jedoch die neben den preisgleichen Waren erhältlichen Artikel der gleichen Art wegen ihres geringen Marktanteils die Preisgestaltung praktisch nicht beeinflussen, so ist kein für die Zulässigkeit einer VP ausfeichter Preiswettbewerb mehr vorhanden.

Erkennbare Qualitäts- und Quantitätsunterschiede zwischen gleichartigen Waren führen auch bei nominell gleichen Preisen zu ausreichendem Preiswettbewerb zwischen den konkurrierenden Artikeln. Dagegen können kostenlose Nebenleistungen wie Luxusverpackung und Kundendienst sowie unterschiedliche Reklameleistungen nicht die Annahme von Preiswettbewerb rechtfertigen.

Aus der bloßen Tatsache nominell gleicher Preise darf allein nicht auf das Fehlen von Preiswettbewerb zwischen den gleichartigen Waren geschlossen werden. Gleiche Preise können sich durchaus in scharfem Wettbewerb herausbilden. Langdauernde Preisstabilität schließt latenten Preiswettbewerb nicht aus, ist aber als Anzeichen für bestehende Preisabreden zu werten. Horizontale Vereinbarungen zwischen Herstellern gleichartiger Waren verhindern ohne Rücksicht auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit wirksamen Preiswettbewerb i. S. des § 16 GWB, wenn sie die Preisgestaltung der einzelnen Hersteller beeinflussen. Das gilt vor allem für direkte Preisabreden. Die in §§ 2 - 7 GWB aufgeführten Kartelle reichen in reiner Form allerdings nicht aus, um den Preiswettbewerb auszuschließen. Auch bei Preisführerschaft sowie u. U. bei der einheitlichen Befolgung von Preisempfehlungen muß ein wirksamer Preiswettbewerb zwischen den beteiligten Unternehmen verneint werden.

Ob eine preisgebundene Markenware also im erforderlichen Preiswettbewerb mit gleichartigen Waren anderer Hersteller steht, ist nur unter genauer Beobachtung der Marktverhältnisse und der Besonderheiten des Einzelfalles zu entscheiden. Die Ergebnisse der Untersuchung in § 4 können die Entscheidung lediglich erleichtern, nicht aber ohne Berücksichtigung des konkreten Sachverhaltes von vornherein festlegen.

§ 5 : Vertikale Bindung von Preisgrenzen

- I. In der Praxis besteht keine Einmütigkeit darüber, ob der nach § 16 GWB gebundene Preis für Markenwaren ein Festpreis sein muß oder ob er auch Mindest- oder Höchstpreis sein kann.¹⁶³⁾

Wenn Unternehmen die Festlegung von Preisgrenzen der Festpreisbindung vorziehen, so können verschiedene Gründe dazu Anlaß geben, z.B.

- a) unterschiedliche Frachtbelastung beim Verkauf in zentrale und abgelegene Gegenden;
- b) regional bedingte höhere Kosten für Lagerhaltung und Personal;

163) Es wird im folgenden davon ausgegangen, daß die Preisgleichheit nicht zum Wesen des Markenartikels gehört. Zum Streit darüber Bartosch S. 18 ff mit Zitaten.

- c) unterschiedliche fiskalische Belastung;
- d) Absatzgebiete mit wirtschaftlich schwacher Käuferschicht;
- e) regional begrenzte starke Konkurrenz, die die Preise drückt.¹⁶⁴⁾

In den Fällen a - c kann die unterschiedliche Belastung durch höhere Handelsspannen berücksichtigt werden, wenn nur die Mindestpreise gebunden sind. In den Fällen d - e dagegen wird der Preisbinder nur die Höchstpreise festlegen, damit von dieser Grenze bei den geschil- derten besonderen Situationen nach unten abgewichen werden kann. Diese Beispiele zeigen, daß in der Praxis häufig ein Bedürfnis dafür besteht, statt fester Preise nur Preisgrenzen vertikal festzulegen. Die Zulässigkeit einer solchen Ausgestaltung der vP soll im folgenden un- tersucht werden.

- II. In der Rechtslehre herrscht Streit darüber, ob nach § 16 GWB auch die Bindung von Höchst- und Mindestpreisen neben der Festpreisbin- dung zulässig ist.
1. Überwiegend wird betont, daß zwar in der Regel von den Markenar- tikel-Herstellern eine Festpreisbindung gewählt werde, die Fest- setzung von Preisgrenzen aber durch § 16 GWB nicht ausgeschlossen sei.¹⁶⁵⁾ Eine Begründung geben jedoch lediglich Schwartz und Bormann. Sie rechtfertigen diese Bindung mit dem "argumentum a maiore ad minus".
2. Demgegenüber wird auch die Meinung vertreten, daß § 16 GWB al- lein die Bindung von Festpreisen gestattet.¹⁶⁶⁾ Diese Meinung stellt

¹⁶⁴⁾ Becker in WRP 1960, S. 206; Bartosch, S. 16.

¹⁶⁵⁾ Rasch, §§ 16/17 Anm. 6; Langen, § 16 Anm. III, 7; Müller-Gries, § 16 Anm. 28; Röper S. 82; Baumbach-Hefermehl, § 16 Anm. 35; Schwartz in M-H-S, § 16 Anm. 21; Bormann in MA 1954, S. 813; Frankf. Komm. § 16 Anm. 58. Das BMW läßt in einem Schreiben vom 29.3.57 (WuW 1957, S. 603) die Mindestpreisbindung gelten.

¹⁶⁶⁾ Becker in WRP 1960, S. 206 ff; BKA in Betrieb 1960, S. 666; Tätigkeits- bericht des BKA für 1959 in BT-Drucks., 3. Wahlperiode, Nr. 1795, S. 36 rechts, vgl. auch im Tätigkeitsbericht 1960, BT-Drucks., 3. Wahlp., Nr. 2734, S. 41 links.

vor allem ab auf den Wortlaut des § 16 GWB (bestimmte Preise) und die Entstehungsgeschichte, da in der amtlichen Begründung einmal der Ausdruck "Festpreis" verwendet wird.

- III. 1. Die Begründung für das Ergebnis der h.M., eine Bindung von Höchst- und Mindestpreisen an Stelle einer Festpreisbindung müsse nach dem "argumentum a maiore ad minus" statthaft sein, erscheint in dieser Kürze recht oberflächlich. Zwar ist in der Tat die Bindung der oberen und unteren Preisgrenze ein Weniger gegenüber der Bindung eines Festpreises, der nach oben und unten genau fixiert ist. Der Schluß von dem "Mehr" auf das "Weniger" wäre aber in diesem Zusammenhang dennoch nicht erlaubt, wenn das Gesetz gerade den genau bestimmten Preis als notwendige Voraussetzung für die Zulässigkeit einer vP in § 16 GWB vorgeschrieben hätte. Im Rahmen des § 16 GWB wäre insoweit die Bindung von Preisgrenzen gegenüber der Festpreisbindung nicht lediglich ein "minus", sondern ein "aliud", für das diese Bestimmung keine Regeln aufstellen wollte.

Wie schon oben angedeutet, führen die Befürworter der ausschließlichen Zulässigkeit einer Festpreisbindung nach § 16 GWB zur Begründung ihrer Meinung mehrere Argumente an, die sich aus Wortlaut, Zweck und Entstehungsgeschichte des § 16 GWB sowie aus einem Vergleich dieser Bestimmung mit älteren Vorschriften ergeben. Die generelle Brauchbarkeit dieser Argumente muß zunächst geprüft werden.

- a) Die Vertreter der ausschließlichen Festpreisbindung berufen sich in erster Linie auf den Wortlaut des § 16 Abs. I GWB, wonach nur "bestimmte" Preise gebunden werden können.¹⁶⁷⁾

Dies "bestimmt" bezieht sich dem Sinn und dem Zusammenhang nach nicht auf die Tatsache der "Bestimmung", d. h. Festsetzung durch den Preisbinder, sondern auf den Umfang der Festsetzung, die "Bestimmtheit".¹⁶⁸⁾

167) vgl. oben S. 91, Fußnote 166.

168) Darauf weist Becker in WRP 1960, S. 206 ausdrücklich hin.

Dieser Meinung muß zugegeben werden, daß nach dem Wortsinn bei Mindest- und Höchstpreisbindung -gleichgültig, ob nur eine oder beide Grenzen festgelegt sind - keine "bestimmten" Wiederverkaufspreise zwischen Preisbinder und Gebundenem vereinbart sind. Der Preis kann ja innerhalb der festgelegten Grenzen verändert werden. Der strenge Wortlaut des § 16 GWB spricht also eindeutig für die ausschließliche Zulässigkeit einer Festpreisbindung.

- b) Weiterhin wird die Amtliche Begründung zum Regierungsentwurf des GWB angeführt. Dort heißt es:

"Es besteht außerdem in der Vorstellung des Publikums eine bestimmte psychologische Verknüpfung von Festpreis und Güte der Ware. Unbeständige Verkaufspreise rufen beim Konsumenten leicht die Vorstellung wach, daß auch die Güte der Ware schwanke. Sein Vertrauen in die Qualität und damit der Wert der Marke würden beeinträchtigt werden". 169)

Daraus könnte man entnehmen, daß der Gesetzgeber der Ansicht war, nur mit Hilfe der Festpreisbindung könne der Markenartikel-Hersteller seine erarbeitete Position halten. Da § 16 GWB diesen Belangen des Markeninhabers Rechnung tragen will, kann man weiter folgern, daß zum Schutz dieser Interessen der Gesetzgeber in § 16 GWB lediglich die von ihm für notwendig gehaltene Festpreisbindung zulassen wollte.

Die Schwäche dieses Arguments liegt in der kategorischen Feststellung, aus der oben zitierten Stelle folge die ausschließliche Zulässigkeit einer Festpreisbindung. Es ist zu bedenken, daß die Begründung zum Regierungsentwurf außerordentlich knapp und straff gehalten ist. Der zitierte Satz ist der einzige in der gesamten Begründung zur Regelung der vP, welcher den Ausdruck "Festpreis" enthält. Er steht in einem Abschnitt, der die ausnahmsweise Zulassung einer vP bei Markenwaren überhaupt rechtfertigen sollte, nicht aber die Zulässigkeit einer Festpreisbindung gegenüber der Höchst- oder Mindestpreisbindung. Daher liegt das Argument nahe, daß bei der kurzen

169) Amtl. Begründung zu § 11 des Entwurfs unter Ziff. 1b, in BT-Drucks. 1. Wahlp. Nr. 3462, S. 30.

Begründung lediglich der Musterfall als Beispiel angeführt wurde, denn die Festpreisbindung ist eben die typische Bindungsform in der Praxis. Aus der Formulierung der amtlichen Begründung kann man jedenfalls nicht entnehmen, daß die Festpreisbindung für die vP bei Markenwaren als unbedingt notwendig angesehen wurde. Das ergeben schon die lediglich abschwächenden Ausdrücke (leicht ..., beeinträchtigen...). Ob dies Argument also seinen Wert behält, kann sich erst bei der Prüfung ergeben, ob wirklich nach dem Zweck des § 16 GWB eine Festpreisbindung unerläßlich ist. Denn nur dann kann man mit Sicherheit sagen, daß der Gesetzgeber die Festpreisbindung für notwendig gehalten hat und nicht nur den am häufigsten vorkommenden Fall als Beispiel gebraucht hat, um die Zulassung der vP bei Markenwaren zu rechtfertigen.

- c) Weiterhin beruft sich Becker zur Begründung seiner Meinung auf den Zweck des GWB.¹⁷⁰⁾ Er weist jedoch lediglich auf die Schwierigkeit einer Überwachung von Höchst- und Mindestpreisbindungen hin und argumentiert, daß es nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein könne, dem Kartellamt eine kaum lösbare Aufgabe zuzuweisen. Der objektive Zweck des Gesetzes führe also auch zu dem von ihm vertretenen Ergebnis.

Dies Argument überzeugt nicht. § 16 GWB ist eine Bestimmung mit materiellem Inhalt: Sie regelt die Zulässigkeit einer vP bei Markenwaren. Der objektive Zweck dieser Norm, die *ratio legis*, muß im Zusammenhang mit dem materiellen Inhalt der Gesetzesvorschrift stehen. Er ergibt sich aus der Antwort auf die Frage, warum der Gesetzgeber die vP für Markenartikel ausnahmsweise zugeassen hat. Die Schwierigkeiten, welche sich aus der Überwachung einer vP durch die Kartellbehörde ergeben, können den Normzweck für die Zulassung der vP in § 16 GWB nicht berühren. Becker scheint hier den objektiven Zweck mit der rechtspolitischen Zweckmäßigkeit zu verwechseln. Diese muß allerdings bei der Auslegung berücksichtigt werden. Denn man muß davon ausgehen, daß es keine Gesetze gibt, bei denen die Anwendung der einen Norm zur praktischen Unanwendbarkeit einer anderen Bestimmung desselben Gesetzes führen muß.

¹⁷⁰⁾ Becker in WRP 1960 S. 206 ff (207).

Praktisch wird aber eine Kontrolle durch das BKA nach § 17 GWB auch bei Höchst- und Mindestpreisbindungen nicht ausgeschlossen, wenn sich auch die Marktbeobachtung wesentlich schwieriger gestaltet als bei einer Festpreisbindung. Becker selbst spricht denn auch nur von "kaum lösbarer Aufgabe", "fast unüberwindbaren Schwierigkeiten" und "kaum durchzuführender Überwachung". Auch aus anderen Bestimmungen des GWB ergeben sich Schwierigkeiten für die Tätigkeit des Bundeskartellamts, ohne daß die Wirksamkeit dieser Normen bezweifelt wird. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, daß in der Praxis nur selten eine Bindung der Preisgrenzen der Festpreisbindung vorgezogen werden wird.¹⁷¹⁾

Als durchschlagende Begründung gegen eine Zulässigkeit von Höchst- und Mindestpreisbindungen kann dieses Argument also nicht verwandt werden.

- d) Schließlich bringt Becker noch ein letztes Argument zur Begründung seiner Auffassung.¹⁷²⁾ Er führt aus, in der Definition der vP im Art. III der Preisbindungs-VO¹⁷³⁾ sei von Preisen oder Preisgrenzen die Rede gewesen. § 16 GWB spreche dagegen nur von festen Preisen. Da der Gesetzgeber ältere Formulierungen berücksichtige, müsse aus diesem sprachlichen Unterschied der Vorschriften geschlossen werden, daß auch in ihrem Umfang vom Gesetzgeber Unterschiede bezweckt seien.

Das Abgehen von der älteren Formulierung kann jedoch hier nicht als Indiz dafür gewertet werden, daß jetzt wegen der engeren Fassung auch nur eine begrenztere Zulässigkeit der vP gewollt sei. Art. III der Preisbindungs-VO war eine Definition der Preisbindung überhaupt. Bei § 16 GWB handelt es sich jedoch nicht um eine Be-

171) Mellerowicz, S. 70 ff gibt für diese in der Praxis zu beobachtende Tatsache eine eingehende Begründung.

172) Becker in WRP 1960 S. 206 ff (207).

173) VO über Preisbindungen vom 23.11. 1940 (RGBl. I, S. 1573) § 3 Abs. I: "Preisbindungen der zweiten Hand liegen vor, wenn die Mitglieder einer Wirtschaftsstufe die Mitglieder der nachfolgenden Wirtschaftsstufen verpflichten, für ihre Erzeugnisse oder Leistungen bestimmte Kleinhandelspreise oder -grenzen einzuhalten...".

griffsbestimmung, sondern um eine materiell-rechtliche Regelung der Rechtslage für vP bei Markenwaren. Art. III der Preisbindungs-VO von 1940 ist also gar nicht als Vorläufer des § 16 GWB zu betrachten. Der Gesetzgeber war bei der Formulierung des § 16 Abs. I GWB demnach überhaupt nicht genötigt, den Wortlaut des Art. III der Preisbindungs-VO zu beachten. Beckers Schluß geht also zu weit.

3. Es ergeben sich somit lediglich aus dem Wortlaut und aus der Entstehungsgeschichte des § 16 GWB stichhaltige Argumente für die Ansicht, daß § 16 GWB ausschließlich eine Festpreisbindung gestatte. Dabei bestehen gegen die Heranziehung der Begründung zum Entwurf des GWB noch schwerwiegende Bedenken, die bereits von sich aus ein Eingehen auf den Zweck des § 16 GWB erfordern.¹⁷⁴⁾ Unabhängig davon aber ist es erforderlich, neben der reinen Wortinterpretation und der Erforschung des gesetzgeberischen Willens aus Materialien zum Zweck einer teleologischen Auslegung die ratio legis zu ergründen und auf diesem Wege eine Lösung des Problems zu versuchen. Denn für die Auslegung des Gesetzeswortlauts ist in erster Linie Sinn und Zweck der betreffenden Vorschrift maßgebend. Das gleiche gilt bei Zweifeln über den Anwendungsbereich einer Norm. Der Normzweck des § 16 GWB ergibt sich aus folgendem. Der Markenwarenhersteller hat unter Einsatz bedeutender Mittel und durch persönliche Leistung sein Erzeugnis auf den Markt gebracht. Auch wenn die Marke nicht so starke Verkehrsgeltung erlangt hat, daß sie allgemein bekannt ist, erfordert die Erhaltung ihres Rufs und Werts eine umfangreiche Reklame. Vor allem übernimmt der Hersteller mit einer auf ihn hinweisenden Marke die Verantwortung für die gleichbleibende Qualität der Ware. Er stellt sich dem Urteil der Verbraucher, indem er aus der Anonymität seiner marktbezogenen Stellung heraustritt.¹⁷⁵⁾ Das soll anerkannt werden und dem Markeninhaber soll geholfen werden, den Werbewert seiner Marke und damit die im Wirtschaftsleben erarbeitete Position zu erhalten. Die vP ist das beste Mittel einer solchen Unterstützung. Der Markeninhaber kann so auf die Preise Einfluß nehmen und die Vorteile¹⁷⁶⁾ der Preisbindung ausnutzen.

174) Vgl. oben S. 93/94.

175) Bartosch S. 11; Baumbach-Hefermehl, § 16 Anm. 10.

176) Vgl. oben S. 21, 25 ff; Lutz S. 8.

Aus diesem Grunde ist die vP bei Markenwaren durch § 16 GWB ausnahmsweise zugelassen worden.

Die Erkenntnis, daß beim Konsumenten eine psychologische Verknüpfung von Festpreis und Güte der Ware besteht,¹⁷⁷⁾ hat wesentlich dazu beigetragen, die vP als Hilfe für den Markeninhaber zu rechtfertigen. Aus dieser Erkenntnis ergibt sich nämlich, daß feste Preise den Wert der Marke erhalten, weil mit ihnen ein Vertrauen in gleichbleibende Qualität verbunden ist und das Qualitätsvertrauen ein starker Absatzfaktor ist. Da nun gerade die Erhaltung des Markenwertes das Ziel der vP ist, kann eine Festpreisbindung den Zweck der ausnahmsweisen Zulassung einer vP bei Markenwaren am besten erfüllen.

Man darf jedoch die Bedeutung dieser in der Vorstellung des Verbrauchers vorgenommenen Verknüpfung von Festpreis und Güte der Ware für die Zulässigkeit der vP nicht überbewerten. Das BKA hat dieser psychologischen Verknüpfung eine zu große Bedeutung beigemessen. Es führt bei der Festlegung des Begriffs "bestimmter Preis" aus:

"Als bestimmter Preis ist der anzusehen, der von dem preisbindenden Unternehmen ziffernmäßig genau festgesetzt ist und vom Handel als Verkaufspreis in dieser Höhe allgemein angekündigt und gefordert wird und der als solcher in das Bewußtsein der Verbraucher eingegangen ist oder eingehen soll. Das entspricht auch der Vorstellung, die der durch § 16 GWB eingeräumten Privilegierung der Markenartikel zugrunde liegt, nämlich, daß die Verbindung einer Ware mit einer bestimmten Marke und die damit gegebene Notwendigkeit, dieser Marke durch gleiche oder verbesserte Qualität und längere Werbung Verkehrsgeltung zu schaffen, im Bewußtsein des Verbrauchers zu einer psychologischen Verknüpfung von Festpreis und Güte der Ware führt (vgl. Begründung zum Reg. Entwurf zu § 11). Die als Ausnahme von dem generellen Verbot des § 15 in § 16 zugelassene vertikale Preisbindung darf deshalb nicht

177) Diese Verknüpfung, die in der amtlichen Begründung zu § 11 Ziff. 1b zum Regierungsentwurf des GWB erwähnt wird, ist eingehend untersucht von Bartosch, S. 16 f. Nach Schär, S. 7 besteht eine derartige Verknüpfung nicht.

weitergehen, als notwendig ist, um diese Verknüpfung von gleichbleibendem Preis und gleichbleibender oder verbesserter Güte der Ware in der Vorstellung des Verbrauchers zu erreichen und zu erhalten ..."

und etwas weiter heißt es in derselben Entscheidung

"... So geht dieser Preis kraft Anpreisung oder Aufdruck der Ware in das Käuferbewußtsein über und führt zu der vom Gesetzgeber als schutzwürdig anerkannten Verknüpfung von Güte und Festpreis..." 178)

Das BKA kehrt hier das Verhältnis von vP und dieser psychologischen Verknüpfung um, wie es sich nach der von ihm angezogenen amtlichen Begründung nicht rechtfertigen läßt. Aus dieser Stelle der Amtlichen Begründung ¹⁷⁹⁾ läßt sich eine Schutzwürdigkeit der betreffenden psychologischen Verknüpfung nicht herleiten. Aus der Formulierung der Amtlichen Begründung ergibt sich im Zusammenhang, daß die vP bei Markenwaren nicht zugelassen wurde, um die Verknüpfung von Festpreis und gleichbleibender Güte der Ware in der Vorstellung des Verbrauchers zu erreichen und zu erhalten, weil sie schutzwürdig erschien. Vielmehr soll umgekehrt die vP die Position des Markeninhabers und den Wert der Marke festigen. Eine Festpreisbindung kann das Vertrauen in die gleichbleibende Qualität der Ware und damit den Wert der Marke am besten erhalten, weil die psychologische Verknüpfung von Festpreis und Güte der Ware besteht.

Das Bundeskartellamt hat in die Amtliche Begründung also einen Sinn hineingelesen, der sich aus der Formulierung und dem gesamten Zusammenhang der betreffenden Stelle nicht ergibt.

Wie oben dargelegt, hilft eine Festpreisbindung den Zweck der ausnahmsweisen Zulassung einer vP bei Markenartikeln erfüllen. Damit ist aber nicht gesagt, daß allein eine Festpreisbindung dem Zweck des § 16 GWB, die Markenartikel-Hersteller im Kampf um die Erhaltung ihrer Stellung im Wettbewerb und den Wert ihrer Marke zu unterstützen, gerecht wird. Es sind Fälle denkbar, in denen gerade die Festpreisbindung den Markenwert gefährdet, die Bindung von Preisgrenzen dagegen den Wert der Marke und die Position des Markeninhabers erhalten hilft. In den oben ¹⁸⁰⁾ angeführten Beispielfällen

178) BKA in Betrieb 1960, S. 666.

179) zitiert oben auf S. 18.

180) oben S. 90/91 unter I.

wählt der Markeninhaber die Höchst- oder Mindestpreisbindung, um seinen Absatz weiterhin zu sichern und so seine Stellung am Markt zu halten. Wären die Händler gezwungen, in den Fällen a - c die gleichen Preise wie die Händler in den weniger belasteten Gebieten zu fordern, so würden sie die unrentablen Markenartikel aus ihrem Sortiment ausschließen. Ein empfindlicher Nachteil für die betroffene Marke wäre die Folge dieses regionalen Marktausfalls. In den Fällen d - e würde der Absatz zum Letztverbraucher in den betroffenen Gebieten zurückgehen und überdies die Marke durch relativ hohe Preise in Verruf kommen. Die Bindung lediglich der Preisgrenzen sichert hier also den Wert der Marke und die Marktstellung des Markenartikel-Herstellers weit besser als eine Festpreisbindung, die sogar eine Belastung der Marktposition des Markeninhabers darstellt.

Dem kann man nicht entgegenhalten, daß durch die unterschiedlichen Preise für die gleiche Ware das Vertrauen der Verbraucher in die Qualität verloren gehe und so der Wert der Marke ungleich stärker gefährdet werde als bei einer Festpreisbindung trotz der geschilderten regionalen Besonderheiten der Fälle a - e. Denn einmal wird bei der Mindestpreisbindung der Preis sich infolge des Wettbewerbs regional bald auf einen festen Betrag einpendeln, entweder auf der Höhe des festgesetzten Mindestpreises oder bei der besonderen Situation der oben geschilderten Fälle a - e auf einem darüber liegenden Niveau. So entsteht für den innerhalb eines gewissen Bezirks einkaufenden Verbraucher in der Regel das Bild eines festen Preises und die erwähnte psychologische Verknüpfung ist wieder hergestellt. Zum anderen wird oft bei eingeführten Markenwaren das Qualitätsvertrauen des Verbrauchers so fest sein, daß die geäußerten Bedenken nicht ins Gewicht fallen. Ausnutzungen von Händlermonopolen mit der Folge ungerechtfertigt überhöhter Preise werden in der Praxis selten vorkommen und nicht so sehr den Wert der Marke mindern, weil sie vom Publikum bald als Manipulation des Händlers erkannt werden.

Die Vereinbarung einer Höchstpreisgrenze wird sich der Preisbinder vorher wegen der Gefahren der Preisschleuderei genau überlegen. Zudem werden sein Goodwill und das Vertriebssystem stark gefährdet, die direkte Verbindung zum Verbraucher wird dem Hersteller genommen.¹⁸¹⁾

181) Dazu Mellerowicz, S. 70 ff.

Diese Gefahren werden den Hersteller oft von der Einführung einer Höchstpreisbildung abschrecken. Die Beispiele in den Fällen d - e sind zudem auf das Bundesgebiet bezogen mehr theoretischer Natur. Höchstpreisbindungen allein werden daher praktisch kaum vorkommen.

Es zeigt sich also, daß sich Situationen ergeben können, in denen eine Festpreisbindung gerade den Zweck des § 16 GWB, die Markstellung des Markeninhabers und den Wert seiner Marke zu erhalten, gefährdet, während eine Bindung der Preisgrenzen diesen Normzweck ausreichend erfüllt. Damit ist auch festgestellt, daß die psychologische Verknüpfung von Festpreis und Güte der Ware zwar das Vertrauen der Verbraucher in die Qualität der Ware und damit den Wert der Marke am besten erhält, in Sonderfällen aber nicht ausschließlich für den Wert der Marke ein Vorteil ist. Es können Situationen entstehen (siehe Fall a-e), in denen die Vorteile einer Bindung von Preisgrenzen die auf der angeführten psychologischen Verknüpfung beruhenden Vorteile einer Festpreisbindung überwiegen.

Damit wird das Zurückgreifen auf den in der Amtlichen Begründung verwendeten Ausdruck "Festpreis", wie schon oben angedeutet ¹⁸²⁾, wertlos. Denn wenn die psychologische Verknüpfung von "Festpreis" und Güte der Ware zwar am besten, aber nicht notwendig allein den Zweck der Zulassung einer vP bei Markenwaren erfüllen hilft, so ist es nicht ausgeschlossen, daß nur dieser Musterfall für die kurze Amtliche Begründung des Regierungs-Entwurfs zur Rechtfertigung der vP bei Markenwaren ausgewählt wurde.

Nach dem Zweck des § 16 GWB kommt es für die Zulässigkeit der vP bei Markenwaren somit nicht entscheidend auf den Charakter des Preises als Festpreis an. Festpreise sind nicht unerläßliche Voraussetzungen einer vP nach § 16 GWB, sondern bedeuten im Regelfall nur ein Optimum. Preisgrenzen stellen also tatsächlich ein Weniger im Verhältnis zum Festpreis dar, wobei dem Mehr keine entscheidende Bedeutung zukommt. Der Schluß der h. M. vom Mehr aufs Weniger ist im Rahmen des § 16 GWB bezüglich des Umfangs der Preisbindung also zulässig.

Die Schwierigkeiten, die sich aus der Zulassung einer vP von Preisgrenzen für die Überwachung durch das Bundeskartellamt ergeben,

182) oben S. 93 f.

müssen in den wenigen Fällen, in denen ein Markenartikel-Hersteller die Bindung der Preisgrenzen einer Festpreisbindung vorziehen wird, in Kauf genommen werden. Sonst würde der Markeninhaber durch § 16 GWB nicht geschützt, sondern belastet.

- IV. Als Ergebnis der Untersuchung über die Zulässigkeit einer Mindest- oder Höchstpreisbindung im Rahmen des § 16 GWB kann also folgendes festgehalten werden.

Nach dem Normzweck des § 16 GWB fallen auch Höchst- und Mindestpreise unter den Ausdruck "bestimmte Preise" in § 16 GWB. Dem Markeninhaber ist nicht nur die Festlegung nominell fester Wiederverkaufspreise für seine Markenware gestattet, sondern auch die Bindung von Preisgrenzen.

Die Wahl zwischen der Bindung von Festpreisen oder Preisgrenzen steht im Belieben des Preisbinders. In der Regel wird der Markenartikel-Hersteller die Vorteile einer vP in der Form der Festpreisbindung in Anspruch nehmen, denn dieses Preisbindungssystem erhält ihm den Wert der Marke am besten. Eine Bindung der Preisgrenzen nach § 16 GWB wird der Markeninhaber in der Praxis nur vorziehen, wenn die Festpreisbindung im konkreten Fall eine Gefahr für seine Marke darstellt.

C ZWEITER HAUPTTEIL: Probleme, die sich aus Form
und Umfang der vertikalen
Preisbindung im Hinblick auf
§ 17 GWB ergeben 182a)

§ 6 Die Behandlung des Barzahlungsrabatts im Rahmen einer vP

- I. Die Behandlung des Barzahlungsrabatts im Rahmen einer vP nach § 16 GWB gehört zu den umstrittensten Problemen aus dem Bereich der §§ 15 ff GWB. Die Tätigkeitsberichte des Bundeskartellamts für

182a) § 17 GWB

(Eingriffsbefugnisse der Kartellbehörde)

Abs. I:

Die Kartellbehörde kann von Amts wegen und soll auf Antrag eines nach § 16 gebundenen Abnehmers die Preisbindung mit sofortiger Wirkung oder zu einem von ihr zu bestimmenden künftigen Zeitpunkt für unwirksam erklären und die Anwendung einer neuen, gleichartigen Preisbindung verbieten, wenn sie feststellt, daß

1. die Voraussetzungen des § 16 Abs. 1, 2 und 3 nicht oder nicht mehr vorliegen oder
2. die Preisbindung mißbräuchlich gehandhabt wird oder
3. die Preisbindung oder ihre Verbindung mit anderen Wettbewerbsbeschränkungen geeignet ist, in einer durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse nicht gerechtfertigten Weise die gebundenen Waren zu verteuern oder ein Sinken ihrer Preise zu verhindern oder ihre Erzeugung oder ihren Absatz zu beschränken.

Bei der Beurteilung, ob eine Preisbindung mißbräuchlich ausgenutzt wird, sind alle Umstände zu berücksichtigen.

Abs. II:

Vor einer Verfügung nach Abs. 1 soll die Kartellbehörde das preisbindende Unternehmen auffordern, den beanstandeten Mißbrauch abzustellen.

die Jahre 1959 und 1960 zeigen, daß dieser Streit nicht nur theoretischer Natur ist, sondern im Wirtschaftsleben der Bundesrepublik eine praktische Rolle spielt.¹⁸³⁾ Es handelt sich dabei um die Frage, ob das preisbindende Unternehmen auch die Gewährung eines nach den §§ 2 - 4 RabG zulässigen Barzahlungsrabatts bis zur Höhe von 3 % des Kaufpreises im Rahmen des Preisbindungsvertrages untersagen kann. Wäre eine derartige Ausgestaltung der vP zulässig, so würden die rabattgewährenden Händler den Preisbindungsvertrag verletzen und könnten deswegen zur Rechenschaft gezogen werden. Die Unzulässigkeit einer derartigen vP dagegen würde zur Folge haben, daß die Kartellbehörde die betreffenden Vereinbarungen nach § 17 Abs. I Ziff. 2 GWB beanstanden könnte, weil dann die vP ihrem Umfang nach mißbräuchlich gehandhabt würde.

Die Problematik des Barzahlungsrabatts bei vP ergibt sich aus der unterschiedlichen Behandlung der Preise und Geschäftsbedingungen innerhalb der §§ 15, 16 GWB sowie aus der Unklarheit über das Wesen des Barzahlungsrabatts. Nach § 16 GWB dürfen für Markenwaren nur die Preise gebunden werden. Eine Bindung von Geschäftsbedingungen dagegen ist auch dem Hersteller von Markenartikeln nach § 15 GWB verboten. Rechnet man nun den Barzahlungsrabatt zu den Konditionen, so erscheint eine Vereinbarung über seinen Ausschluß in der Preisbindungsabrede als Verstoß gegen § 15 GWB. Zählt man den Barzahlungsrabatt dagegen zu den Preisbestandteilen, so kann er nach dem Wortlaut des § 16 GWB ausgeschlossen werden.^{183a)}

Im folgenden soll untersucht werden, welche Einordnung richtig ist. Wird der Ausschluß der Gewährung von Barzahlungsrabatt als zulässig angesehen, so müssen weiter die Fragen geklärt werden, ob der Preisbinder nicht wenigstens die Rabattgewährung ausdrücklich erlauben kann und wie sich das gefundene Ergebnis mit den Bestimmun-

183) Tätigkeitsbericht 1959 des BKA in BT-Drucksachen, 3. Wahlperiode Nr. 1795, S. 37. Tätigkeitsbericht 1960 in BT-Drucksachen, 3. Wahlperiode, Nr. 2734 f, S. 41 f.

183a) Ob das Rabattgesetz als zwingendes Recht diesem Ergebnis entgegensteht, wird unten auf S. 138ff untersucht.

gen des Rabattgesetzes vereinbaren läßt.

Die Untersuchung der angedeuteten Probleme beschränkt sich auf den Barzahlungsrabatt bis zur Höhe von 3% des Kaufpreises, der dem Endverbraucher gewährt wird. Dieser Barzahlungsrabatt ist nach den §§ 1 und 3 RabG zulässig.¹⁸⁴⁾ Wie aus der angeführten Stelle im Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts hervorgeht, ist nur die Bindung eines solchen Barzahlungsrabatts in der Praxis umstritten.¹⁸⁵⁾

II. In der kartellrechtlichen Literatur wird zum Problem des Barzahlungsrabatts bei preisgebundenen Markenwaren ausführlich Stellung genommen. Die Einordnung des Barzahlungsrabatts unter die Geschäftsbedingungen oder Preisbestandteile und die Folgerungen für die Bindbarkeit des Barzahlungsrabatts nehmen dabei den meisten Raum ein.

1. Im Schrifttum zu § 16 GWB stößt man häufig auf die Formulierung: "Rabatte sind Preisbestandteile und daher nach § 16 GWB

184) Aus der Fassung des § 1 RabG ("... an den letzten Verbraucher...") ergibt sich, daß ein Barzahlungsrabatt nach diesem Gesetz nur bei Lieferung an den Endverbraucher zugelassen wird. In der Höhe ist dieser Barzahlungsnachlaß durch § 2 RabG ausdrücklich auf 3 % des Kaufpreises begrenzt.

185) Das Verbot, Barzahlungsrabatte in einer nach dem Rabattgesetz nicht erlaubten Höhe von mehr als 3% des Kaufpreises zu gewähren, begegnet im übrigen kartellrechtlich keinen Bedenken. Eine derartige, das Rabattgesetz verletzende Rabattgewährung stellt eine Handlung des unlauteren Wettbewerbs dar, die nach § 1 UWG untersagt werden kann. Das GWB schützt allein den lautereren Wettbewerb (Amtl. Begründung zum Reg. Entwurf des GWB, § 1 unter Ziff. 3d in BT-Drucks., 1. Wahlp. Nr. 3462, S. 25; OLG Düsseldorf in WuW 1953, S. 237). Daher kann das Verbot einer Maßnahme des unlauteren Wettbewerbs nicht nach § 15 GWB unzulässig sein. Ein derartiges vertragliches Verbot innerhalb des Preisbindungsvertrages fällt vielmehr nicht in den Bereich des GWB (vgl. dazu Kirschstein in WuW 1959 S. 236 Anm. 4).

bindungsfähig.“¹⁸⁶⁾ Diese Stellen lassen sich jedoch als Literaturhinweise zur Behandlung des Barzahlungsrabatts nicht verwenden. Denn die angeführten Autoren rechnen den Barzahlungsrabatt gar nicht zu den Rabatten im engeren Sinne, die sie nach § 16 GWB als Preisbestandteile für bindungsfähig halten. Sie unterscheiden vielmehr ausdrücklich zwischen Rabatten i.e.S. und dem Barzahlungsrabatt und stellen letzteren dem Skonto gleich.¹⁸⁷⁾

Man darf daher im kartellrechtlichen Schrifttum allein aus einer Stelle, in der die Bindungsfähigkeit der Rabatte vertreten wird, nicht schließen, der betreffende Autor halte auch die Bindung des Barzahlungsrabatts für zulässig. Verwertbar sind in diesem Zusammenhang vielmehr nur Zitate, wenn in ihnen die Rechtslage ausdrücklich für den Barabbatt dargestellt wird oder wenn der Autor die verwendeten Ausdrücke mit dem Barzahlungsrabatt gleichgesetzt hat (z.B. Barzahlungsrabatt = Skonto).

2. Danach ergibt die Durchsicht des Schrifttums zur Behandlung des Barzahlungsrabatts bei vP die folgenden verschiedenen Ansichten.
 - a) Von einer Meinung wird der Barzahlungsrabatt zu den Skonti gerechnet und als Zahlungsbedingung verstanden, die gemäß § 15 GWB nicht gebunden werden kann.¹⁸⁸⁾ Die Vertreter dieser Auffassung erblicken das Wesen des Barzahlungsrabatts in einer Vergütung für vorzeitige Zahlung, wie sie der Skonto auch darstelle. Der Skonto werde vom Gesetz in § 2 GWB den Zahlungsbedingungen zugerechnet. Diese seien als Unterform der Geschäftsbedingungen in § 15 GWB ausdrücklich von jeder vertikalen Bindung ausgenommen. Daraus folge, daß der Barzahlungsrabatt nach § 15 GWB nicht gebunden werden dürfe.

186) Müller-Gries, § 16 Anm. 29; Rasch, § 16 Anm. 6; Baumbach-Hefermehl, zu § 1 UWG Anm. 287; Rohm, S. 43; Gleiss in NJW 1953, S. 1456 ff. (S. 1457 unter V).

187) Müller-Gries, § 2 Anm. 6 (In den Erläuterungen zu § 3 werden die Rabattarten aufgezählt, der Barzahlungsrabatt jedoch nicht erwähnt); Rasch, § 3 Anm. 1; Baumbach-Hefermehl, zu § 1 UWG Anm. 287; Übersicht vor § 1 RabG, Anm. 2; Rohm, S. 44; Gleiss in NJW 1953, S. 1457 unter IV.

188) Rasch, § 3 Anm. 1 und § 16 Anm. 6; Rohm, S. 44/45; Müller-Gries, § 2 Anm. 6 und § 16 Anm. 29; Gleiss in NJW 1953, S. 1456 ff.

- b) Das entgegengesetzte Ergebnis, nach dem stets auch das Verbot einer Gewährung von Barzahlungsrabatt bei preisgebundenen Markenwaren im Vertrag festgelegt werden kann, wird in der Literatur mit verschiedenen Begründungen vertreten.

Der Markenverband hält den Barzahlungsrabatt für einen bindungsfähigen Preisbestandteil.¹⁸⁹⁾ Hilfsweise begründet er seine Ansicht von der Bindungsfähigkeit selbst für den Fall, daß der Barzahlungsrabatt als Geschäftsbedingung angesehen wird. Dann soll, da dieser Rabatt auch als Geschäftsbedingung die Preise unmittelbar beeinflussen, dies Ergebnis aus dem Wortlaut des § 16 GWB folgen, wonach § 15 GWB nicht gilt, soweit ein Unternehmen die Wiederverkaufspreise seiner Markenwaren bindet.

Diese zweite Begründung bringt auch Spengler in ähnlicher Form.¹⁹⁰⁾ Er setzt alle Rabatte, darunter auch den Barzahlungsrabatt, den Skonti gleich und zählt sie unter Berufung auf § 2 Abs. I GWB zu den Zahlungsbedingungen. Entgegen dem Wortlaut des § 15 GWB hält er jedoch auch Geschäfts- und Zahlungsbedingungen für bindungsfähig im Rahmen des § 16 GWB, weil sonst die Festpreisbindung umgangen werden könne und die vP aufgeweicht und durchlöchert werde.¹⁹¹⁾

Schwartz¹⁹²⁾ und Reimann¹⁹³⁾ stellen darauf ab, daß man bei Barzahlungsrabatt nicht von Vergütung für vorzeitige Zahlung sprechen könne, weil dieser Rabatt bei üblichen Barkäufen gewährt werde. Er diene als solcher unmittelbar dem Absatz der Ware, die Rabattgabe sei eine Abart des Preiswettbewerbs. Daher kennzeichnen diese Autoren den Barzahlungsrabatt als echten Preisbestandteil und halten ihn gemäß § 16 GWB für bindungsfähig.

Bormann schließlich kommt auf Grund der Überlegung, daß der Barzahlungsrabatt der Sache nach eine Unterschreitung des vorgeschriebenen Preises darstellt, ebenfalls zur Zulässigkeit eines Verbots der Rabattgewährung im Rahmen der vertikalen Preisbindung.¹⁹⁴⁾

189) Markenverband in Betrieb 1958, S. 1416.

190) Spengler in MA 1954, S. 3ff; als obiter dictum führt auch das LG München-Gladbach in MA 1955, S. 267 ff diese Begründung an.

191) Eingehend dazu weiter Spengler in MA 1954, S. 405 ff.

192) Schwartz in M-H-S, § 16 Anm. 19.

193) Reimann in MA 1959, S. 31.

194) Bormann in MA 1954, S. 812.

- c) Eine dritte Meinung im Schrifttum vermittelt zwischen diesen Extremen und beurteilt die Zulässigkeit einer Bindung des Barzahlungsrabatts nach den Besonderheiten des einzelnen Falles.¹⁹⁵⁾ Auch die Vertreter dieser Ansicht betrachten den Barzahlungsrabatt als Skonto und damit als nichtbindungsfähige Zahlungsbedingung, wenn er als Vergünstigung für vorzeitige Zahlung gewährt wird. Sie weisen aber darauf hin, daß die Käufe geringwertiger Gegenstände, vor allem im rabattgewährenden Lebensmittel- und Kosmetikeinzelhandel, üblicherweise auf der Basis sofortiger Barzahlung abgewickelt werden. Bei diesen Rechtsgeschäften könne der Barzahlungsrabatt nicht den Charakter eines Skontos wie beim Kreditkauf haben. Er sei dann lediglich Werbemittel mit einem Einschlag von Treu- und Mengenrabatt. Dieser Barzahlungsnachlaß sei nicht als Zahlungsbedingung, sondern als Preisbestandteil anzusehen, und seine Gewährung könne vom Preisbinder verboten werden.
- d) Das Bundeskartellamt hat den Ausschluß einer Gewährung von Barzahlungsrabatten, die nach dem Rabattgesetz zulässig sind, im Rahmen eines Preisbindungsvertrages stets für unzulässig gehalten und ist gegen eine derartige Vereinbarung nach § 17 Abs. I Ziff. 2 GWB vorgegangen. In der Begründung dieses Standpunktes hat das Bundeskartellamt allerdings auffallend geschwankt.

In älteren Stellungnahmen sah das Bundeskartellamt den Barzahlungsrabatt "als seiner Natur nach dem Skonto engstens verwandt" an. Es rechnete ihn daher gemäß § 2 GWB zu den Zahlungsbedingungen und hielt ihn für nicht bindbar, weil § 15 GWB ausdrücklich die Bindung von Konditionen untersagt.¹⁹⁶⁾ In einer neueren Entscheidung zur Zulässigkeit eines vertraglichen Ausschlusses von Barzahlungsnachlässen durch den Hersteller von Markenwaren im Rahmen seiner vP ist die dritte Beschlußabteilung des Bundeskartellamts jedoch nicht mehr von der Unterscheidung "Geschäftsbedingungen - Preisbestandteile" ausgegangen.¹⁹⁷⁾ Das BKA untersucht in dieser

195) Baumbach-Hefermehl, zu § 16 GWB Anm. 39; zu § 2 GWB Anm. 6; Völp in WRP 1959, S. 7 ff; LG München-Gladbach in MA 1955, S. 267 ff; Mellerowicz S. 69 f; Frankf. Komm. § 16 Anhang 1, Anm. 64.

196) BKA im Tätigkeitsbericht 1958, BT-Drucks., 3. Wahlp. Nr. 1000 S. 53 unter 4; BKA in Briefen an den Rabattverband und an eine Firma, abgedruckt in WuW 1958, S. 793.

197) BKA in BB 1960, S. 666 ff.

Entscheidung vielmehr, ob die vertikale Bindung ihrem Umfang nach nötig ist, um die Bestimmtheit des gebundenen Preises und die Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems zu erhalten. Nur dann soll sie durch § 16 GWB vom generellen Verbot des § 15 GWB ausgenommen sein. Nach diesem Gesichtspunkt hat das Bundeskartellamt die Situation bei der Gewährung von Barzahlungsrabatt eingehend untersucht. Es hält trotz der Rabattgewährung die Bestimmtheit der Preise i.S. des § 16 GWB weiterhin für gewährleistet, weil die Käu- ferschaft in der Rabattgabe nach der praktischen Handhabung und nach der Lebenserfahrung keine Änderung des gebundenen Preises erblicke. Diese Auffassung wird damit begründet, daß der festge- setzte Preis auch bei Gewährung von Barzahlungsrabatt als der üb- liche Verkaufspreis sowie als Bezugsgrundlage der Rabattierung an- gekündigt werde. Damit gehe dieser Preis in das Käuferbewußtsein über und führe zu der vom Gesetzgeber in § 16 GWB als schutzwür- dig anerkannten Verknüpfung von Festpreis und Güte der Ware. Als weiteres Argument bringt das Bundeskartellamt vor, der Barzahlungs- rabatt werde im Wirtschaftsleben nicht als Preisabschlag gewertet und verbucht, weil auf dem Einnahmebeleg und der Kassenquittung der ungekürzte Rechnungsbetrag angegeben werde bzw. bei Ausgabe von Rabattmarken der volle Verkaufspreis zu zahlen sei. Dadurch werde in gewisser Hinsicht sogar der Barzahlungsrabatt vom Preis der einzelnen Ware losgelöst. Er erscheine als Wettbewerbsmittel, das der Verkäufer ohne Rücksicht auf Preisgebundenheit vom Geschäfts- gewinn finanziert, um die Kunden an sein Geschäft zu binden. Das BKA zieht dann die Schlußfolgerung, daß der Preis bestimmt bleibe und somit von einer Lückenhaftigkeit des Preisbindungssystems nicht gesprochen werden könne.

Diese Entscheidung der Beschlußabteilung ist nicht rechtskräftig ge- worden. Den Einspruch der betroffenen Firmen hat die Einspruchsab- teilung des Bundeskartellamts jedoch verworfen, also ebenfalls das Verbot der Gewährung von Barzahlungsrabatten als mißbräuchliche Handhabung der vP angesehen.¹⁹⁸⁾ Die Einspruchsabteilung folgt zu- nächst den oben dargestellten Erwägungen der Vorinstanz. Sie stellt bei ihrer weiteren Begründung aber wieder auf die Unterscheidung

198) BKA in WuW 1960, S. 740 ff.

zwischen Geschäftsbedingungen und Preisbestandteilen ab. Jedoch wird diese Unterscheidung materiell vorgenommen, indem alle Vertragsbestandteile zum Bereich der Konditionen gemäß § 15 GWB gerechnet werden, die nicht den Preis und die Ware bestimmen.

Das Wesen des Barzahlungsrabatts als Geschäftsbedingung folgt die Einspruchsabteilung auch aus dem Rabattgesetz. Der Barzahlungsrabatt werde lediglich für rechtzeitige Zahlung des Kaufpreises gewährt. Rechtzeitig sei die Zahlung, die unverzüglich nach der Lieferung der Ware oder im Fall des § 3 RabG (Anschreibekauf) am Schluß der Abrechnungsfrist erfolge. Es werde also, wie es üblich sei, im Unterschied zum Skonto sofortige Fälligkeit des Kaufpreises vorausgesetzt. Nach dem Rabattgesetz dürfe also, obwohl der Kaufpreis - wie geschuldet - rechtzeitig gezahlt werde, ein Barzahlungsrabatt gewährt werden. Der Barzahlungsnachlaß bestimme nicht den Gegenwert der Ware als deren Preis, er werde nicht für die Abnahme der Ware gewährt, vielmehr sei er in jedem Fall Entgelt für rechtzeitige Barzahlung. Kraft der insoweit zwingenden Regelung der §§ 1 Abs. 1, 2 RabG seien somit trotz sofortiger Fälligkeit des Kaufpreises die Leistungen des Käufers als gleichwertig anzusehen, ob er nun sofort gegen Gewährung von Barzahlungsrabatt oder - entgegen dem Vertrag - später ohne diese Vergünstigung zahle.¹⁹⁹⁾ Da der Barzahlungsrabatt im Unterschied zu den anderen Rabatten nicht der Preisbestimmung diene, sei er auch kein Preisbestandteil, sondern eine Geschäftsbedingung, die nicht nach § 16 GWB gebunden werden könne.

III. Der Überblick zeigt, daß die Begründungen vorwiegend mit der Einordnung des Barzahlungsrabatts in den Bereich der Zahlungsbedingungen oder Preisbestandteile beginnen. Diese Eingliederung dient dann als Grundlage für die jeweils zur Bindungsfähigkeit des Barzahlungsrabatts vertretene Auffassung.

Zu dieser grundlegenden Einordnung ist zunächst Stellung zu nehmen, um bereits im Ausgangspunkt die Berechtigung oder Unhaltbarkeit der vertretenen Ansichten zu prüfen. Dabei wird zugleich

199) Das Bundeskartellamt vergleicht also vertragsgemäße sofortige Zahlung und vertragswidrige verspätete Zahlung miteinander.

das Wesen des Barzahlungsrabatts in seinen verschiedenen Erscheinungsformen für die weitere Untersuchung des Problems geklärt.

1. Die Einordnung des Barzahlungsrabatts in die Gruppe der Zahlungsbedingungen wird in der Rechtslehre auf dem Umweg über § 2 Abs. I Satz 1 GWB vorgenommen. Man rechnet den Barzahlungsrabatt zu den Skonti, die wiederum als Zahlungsbedingungen angesehen werden. Diese auf einer einfachen mathematischen Regel²⁰⁰⁾ beruhende Gleichsetzungsmethode ist einleuchtend, bedarf aber in ihren zwei Grundgleichungen einer genauen Überprüfung. Voraussetzung für eine Gleichsetzung von Barzahlungsrabatt und Zahlungsbedingung in dieser Form ist nämlich, daß die Skonti wirklich Zahlungsbedingungen sind und daß der Barzahlungsrabatt zu den Skonti gehört.
- a) Der § 2 Abs. I Satz 1 GWB enthält die Begriffe Skonti und Zahlungsbedingungen in einem engen Zusammenhang:

"§ 1 gilt nicht für Verträge und Beschlüsse, die die einheitliche Anwendung allgemeiner Geschäfts-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen einschließlich der Skonti zum Gegenstand haben."

Diese Formulierung ergibt eindeutig, daß die Skonti vom Gesetzgeber zu den Zahlungsbedingungen gerechnet werden. Sonst wäre das verbindende Wort "einschließlich" fehl am Platze. Die Ansicht Völps,²⁰¹⁾ gerade die besondere Nennung der Skonti in diesem Satz zeige, daß der Skonto vom Gesetzgeber nicht zu den schon vorher genannten Konditionen gerechnet werde, ist nicht haltbar. Eine derartige Auffassung ließe sich rechtfertigen, wenn in der betreffenden Gesetzesstelle der Skonto in gleichberechtigender Aufzählung neben den Zahlungsbedingungen genannt würde (etwa durch Verbindung mit "sowie" an Stelle des "einschließlich"). Aus dem Text des § 2 Abs. I Satz 1 GWB ergibt sich aber, daß die Skonti lediglich klarstellend als ein Teil der Zahlungsbedingungen hervorgehoben sind.

200) Sind zwei Größen derselben dritten gleich, so sind sie auch untereinander gleich.

201) Völp in WRP 1959, S. 8 unter 3a. Die von Völp in Fußnote 16 zitierten Autoren stützen seine Ansicht nicht; v. Brunn rechnet in M-H-S, § 2 Anm. 13 den Skonto ausdrücklich zu den Konditionen, vgl. auch M-H-S,

- b) Bei dem Versuch, die Barzahlungsrabatte den Skonti gleichzusetzen, ergibt sich die weitere Frage, was das Gesetz unter Skonto i. S. des § 2 GWB versteht. Dieser Begriff muß zunächst festgelegt werden. Das Gesetz selbst bietet keinen Anhaltspunkt für diese Begriffsbestimmung. Auch aus den Materialien zum GWB kann man in dieser Hinsicht nichts entnehmen. Der Gesetzgeber hat anscheinend den Begriff des "Skontos" für so eindeutig gehalten, daß eine Erläuterung überflüssig erschien.

Bei dieser Sachlage ist es gerechtfertigt, den Begriff des Skonto i. S. des § 2 GWB so auszulegen, wie er in der neueren Rechtslehre verstanden wird. Der "Skonto" ²⁰²⁾ wird ganz allgemein als ein prozentualer Abzug vom Kaufpreis angesehen, den der Verkäufer dem Käufer für vorzeitige Zahlung gewährt. ²⁰³⁾ Der Käufer, der beim Kreditkauf an sich erst nach einer gewissen Kreditfrist zu zahlen brauchte (z.B. 30 Tage Ziel), erleidet bei sofortiger oder vorzeitiger Barzahlung einen Zinsverlust. Er kann nicht mehr mit dem Geld gewinnbringend arbeiten. Der Verkäufer umgekehrt erhält durch die vorzeitige Zahlung die Möglichkeit, das Geld mit Gewinn anzulegen oder braucht ein sonst benötigtes Darlehen nicht aufzunehmen. Diese wirtschaftlichen Unterschiede zwischen sofortiger Barzahlung oder Ausnutzung des Zahlungsziels sollen ausgeglichen werden, indem der Verkäufer den theoretischen Zwischenzins als Abschlag vom Kaufpreis zurückgewährt. ²⁰⁴⁾

Forts. der Anm. 201

§ 2 Anm. 13 den Skonto ausdrücklich zu den Konditionen, vgl. auch M-H-S, § 16 Anm. 18. Auch Langen spricht nicht eindeutig die von Völz vertretene Meinung aus.

- 202) In der älteren Literatur wird der Skonto auch Diskont (Breit in Düringer-Hachenburg § 358, Anm. 11) und Kassaskonto (Staub-Gadow, Anhang zu § 359, Anm. 14; Müller-Erbach, S. 551) genannt. Letztere Bezeichnung wird gebraucht im Gegensatz zum Warenskonto, worunter die Rabatte im engeren Sinne zu verstehen sind.
- 203) Baumbach-Hefermehl, zu § 16 Anm. 39; Michel-Weber-Gries, Vorbem. vor § 2 Anm. 1; v. Godin-Hoth, § 1 Anm. 25; LG München-Gladbach in MA 1955, S. 268; v. Brunn in M-H-S, § 2 Anm. 13; Gleiss in NJW 1953, S. 1456 ff; MA 1954, S. 411; Mellerowicz, S. 68; Rasch, § 2 Anm. 2; Mayer-Wegelin, § 2 Anm. 2; Frankf. Komm. Anhang 1 zu § 16, Anm. 63.
- 204) Nach Dürnhammers eingehender Untersuchung in "Der praktische Betriebswirt" 1942, S. 302 ff (304) setzt sich im einzelnen der Skonto aus

So verstanden ist der Skonto als Einrichtung des kaufmännischen Zahlungsverkehrs eine Zahlungsmodalität. Es ist daher logisch, daß der Gesetzgeber ihn in § 2 GWB zu den Zahlungsbedingungen rechnete.

- c) Schließlich muß geprüft werden, ob der Barzahlungsrabatt in seiner praktischen Ausgestaltung dem Skonto gleichgesetzt werden kann. Dann darf er - wie der Skonto - auch als Zahlungsbedingung angesehen werden. Der Skonto wurde oben als Zwischenzins erkannt. Diesen Charakter eines Zwischenzins muß der Barzahlungsrabatt also haben, um Skonto i.S. des § 2 GWB und damit Zahlungsbedingung zu sein.

Das Rabattgesetz stellt in § 4 zwei Formen für die Gewährung eines Barzahlungsrabatts zur Verfügung. Entweder muß der Nachlaßbetrag sofort vom Preis abgezogen werden oder der rabattgewährende Händler muß Gutscheine ausgeben und später einlösen.²⁰⁵⁾ Diese Formen des Barzahlungsrabatts sind in der Praxis beide gebräuchlich. Sie weichen in Wesen und wirtschaftlicher Bedeutung erheblich voneinander ab und sind daher getrennt zu untersuchen.

- aa) Der Barzahlungsrabatt durch sofortigen Preisabzug findet sich vor allem beim Verkauf hochwertiger und langlebiger Gegenstände wie Elektroerzeugnisse, Fernsehgeräte, Waschmaschinen, Kühlschränke, Schreibmaschinen usw. Bei derartigen Geschäften, die nicht im Rahmen der täglichen Einkäufe liegen, ist ein längeres Zahlungsziel handelsüblich. Die Vertragsparteien verstehen das Geschäft als Kreditkauf. In der Regel wird auch im Rahmen der Lieferungsbedingungen die gesetzliche Vorschrift des § 271 BGB durch die vertragliche Ver-

Forts. der Anm. 204)

folgenden Einzelteilen zusammen: Zwischenzins, Risikozuschlag, Entgelt für Nebenkosten und Liquidations-Prämie.

- 205) Diese zweite Form ist als Rabattsparsystem gebräuchlich. Bei jedem Einkauf werden Rabattmarken ausgegeben, die in eine Rabattkarte einzukleben sind. Die volle Karte wird gegen 1,50 DM eingelöst. Bei 3% Rabatt wird also der nach § 4 RabG zulässige Höchstbetrag von 50 DM Umsatzwert eingehalten. In der Regel muß die Karte innerhalb eines Jahres eingelöst werden.

barung "Der Preis gilt bei Zahlung innerhalb 30 Tagen nach Rechnungsdatum" ersetzt. Wenn der Preisbinder diese Zahlungsweise anerkennt gilt der gebundene Preis ausdrücklich für den Kreditkauf. Zahlt der Kunde bei dieser Sachlage sofort oder vor Ablauf der Zahlungsfrist, so ist die Gewährung von Barzahlungsrabatt eine Vergütung für vorzeitige Zahlung, ein Zwischenzins in reiner Form. Diesen Barzahlungsrabatt kann man als echten Skonto und als Zahlungsbedingung ansehen.²⁰⁶⁾

Man könnte nun bezweifeln, daß dieser beim Kauf hochwertiger und langlebiger Güter gewährte Barzahlungsrabatt überhaupt in den Anwendungsbereich des Rabattgesetzes und damit in den Rahmen dieser Untersuchung fällt. Das Rabattgesetz gilt nach § 1 Abs. 1 nur für den Verkauf von "Waren des täglichen Bedarfs". Jedoch müssen auch langlebige und hochwertige Güter, die nicht dem alltäglichen Bedarf dienen, als Waren des "täglichen Bedarfs" angesehen werden, wenn sie für den durchschnittlichen und angemessenen Bedarf bestimmt sind und für sie jederzeit ein Bedürfnis auftreten kann. (So Möbel, Radios, Kühlschränke). Bei diesen Gebrauchsgütern ist es für die Anwendung des Rabattgesetzes gleichgültig, daß sie langlebig sind und einmalig zu langfristiger Nutzung erworben werden.²⁰⁷⁾

Auch ein als echter Skonto einzuordnender Barzahlungsrabatt, der beim Kreditkauf hochwertiger Gegenstände für vorzeitige Zahlung gewährt wird, kann also unter den Anwendungsbereich des Rabattgesetzes fallen. Daher müssen auch diese Barzahlungsrabatte bei der weiteren Untersuchung berücksichtigt werden.

Bei den Einkäufen geringwertiger Gegenstände des alltäglichen Bedarfs wird vor allem im Lebensmittel- und Kosmetik-Einzelhandel, seltener in anderen Branchen (Textileinzelhandel) Barzahlungsrabatt gewährt.

Wird beim Einkauf von Konsumgütern mit niedrigem Stückpreis in diesen Branchen ein sofortiger Abzug vom Kaufpreis vorgenommen,²⁰⁸⁾

206) Die unterschiedliche Bezeichnung wird damit erklärt, daß der Barzahlungsrabatt der Skonto auf der Endverbraucherstufe sei und man ausdrücklich von Skonto nur auf den höheren Wirtschaftsstufen spreche. (v. Godin-Hoth, § 2, Anm. 4; Mellerowicz, S. 68) In der Praxis ist jedoch auch auf der letzten Verteilungsstufe die Bezeichnung "Skonto" zu beobachten (z. B. die schriftlichen Lieferungsbedingungen der Olympia-Werke AG, Wilhelmshaven).

207) v. Godin-Hoth, § 1. RabG, Anm. 9.

208) In der Praxis selten zu beobachten; Ausgabe von Rabattmarken wird vorge-

so kann man diesen Barzahlungsrabatt nicht als echten Skonto i. S. von Zwischenzins bezeichnen. Bei derartigen Geschäften ist § 271 BGB, nach dem Kaufgeschäfte in der Regel auf der Basis sofortiger Barzahlung abgeschlossen werden, nicht beseitigt. Eine vertragliche Vereinbarung der Art, daß es sich um einen Kreditkauf handle, wird bei den Einkäufen von Konsumgütern nicht vorgenommen, auch ist Kreditgewährung dabei nicht handelsüblich.²⁰⁹⁾ Das wird deutlich, wenn man an die Zeit vor Wiedereinführung der Rabatte nach dem Zweiten Weltkrieg zurückdenkt. Auch damals war die sofortige Barzahlung in Lebensmittelgeschäften und Drogerien eine Selbstverständlichkeit. Heute verkaufen auch die Händler, die das Rabattsystem ablehnen, nur gegen bar. Bei solchen Barkäufen kann der Barzahlungsrabatt nicht Vergütung für vorzeitige Zahlung in Form eines Zwischenzinses sein, weil vorzeitige Zahlung bei Bargeschäften begrifflich nicht in Frage kommt. Geschäftsbedingung in Form des Skontos ist dieser Barzahlungsrabatt also nicht.

- bb) Bei Einkäufen von geringwertigen Gegenständen durch den Endverbraucher ist der Barzahlungsrabatt durch Ausgabe von Rabattmarken gebräuchlich. Derartige Kaufgeschäfte sind, wenn man vom "Anschreiben" absieht, stets Barkäufe. Die Rabattgewährung kann also auch bei Ausgabe von Rabattmarken keine Vergütung für vorzeitige Zahlung und damit kein echter Skonto sein. Für eine besondere Zahlungsbedingung in Form eines Preisnachlasses bei vorzeitiger Zahlung ist kein Raum, weil sofortige Barzahlung als einzige Zahlungsweise vorgesehen ist.

In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, daß der Händler mit der Ausgabe von Rabattmarken nicht so sehr zum einmaligen Kauf anreizen will, sondern zur stetigen Bevorzugung seines Geschäftes. Dabei unterstützt ihn die Vorschrift des § 4 Abs. 1 Satz 2 RabG, wonach die Einlösung der Rabattmarken aufgeschoben werden kann, bis der einzelne Kunde zum Gesamtbetrag von 50 DM

Forts. d. Anm. 208)

zogen. Der sofortige Preisabzug bei Warenhäusern (z. B. Rudolf Karstadt-AG) ist kein Rabatt, weil diesen Geschäften nach § 6 RabG Rabattgabe untersagt ist.

- 209) Der Anschreibekauf wird unter cc) für beide Rabattarten zusammen untersucht.

eingekauft hat. Diese Höchstgrenze wird heute allgemein ausgenutzt.²¹⁰⁾ Das Rabattgesetz verbietet auch nicht die Vereinbarung zwischen Händler und Kunden, daß die Rabattkarte nur eingelöst wird, wenn sie innerhalb einer bestimmten Zeit - in der Praxis meist ein Jahr - vollgeklebt zurückgegeben wird. Der Kunde wird bei dieser Ausgestaltung des Rabattsparsystems gezwungen, Waren im Wert von 50 DM innerhalb des festgesetzten Zeitraums bei dem rabattgewährenden Händler einzukaufen, wenn er den Rabatt bekommen will. In einem derartigen Barzahlungsrabatt können also auch Einschlüsse des Treurabatts²¹¹⁾ und - wenn die Gesamtsumme von 50 DM bei einem Einkauf erreicht wird - des Mengenrabatts²¹²⁾ gesehen werden. Auch dies zeigt, daß der Barzahlungsrabatt in Form der Ausgabe später einzulösender Rabattmarken nicht als Zahlungsbedingung angesehen werden kann. Er hat mit der Art und Weise der Kaufpreiszahlung nichts zu tun. Vielmehr hat die Rabattgewährung durch Rabattmarken als Werbemittel für den Absatz der rabattierten Waren ihre spezifische Bedeutung. Sie erscheint dem Verbraucher, der in anderen Läden trotz Barzahlung dieselbe Ware ohne Rabatt bekommt, als eine Verbilligung. Auf Grund dieses Vorteils zieht er den rabattgewährenden Händler bei der Wahl der Einkaufsstätte anderen Geschäften vor.

- cc) Eine besondere Situation ist beim Anschreibekauf gegeben. Dieser ist heute vor allem im Lebensmitteleinzelhandel wieder gebräuchlich in der Form, daß der Kunde den Preis für die gekauften Waren anschreiben läßt und nach einer festgesetzten Zeit den aufgelaufenen Gesamtbetrag auf einmal bezahlt. In der Praxis wird regelmäßig monatliche Abrechnung vereinbart. Nach § 3 RabG kann auch bei einem solchen Anschreibekauf Rabatt gewährt werden.²¹³⁾ Ein An-

210) Die gebrauchlichen Rabattkarten werden vollgeklebt gegen 1,50 DM = 3% von 50 DM eingelöst.

211) Mellerowicz, S. 69/70.

212) Michel-Weber-Gries, § 4 Anm.10; Mellerowicz, S. 69/70; Baumbach-Hefermehl zu § 4 RabG, Anm.3.

213) Michel-Weber-Gries, § 3 Anm.1; Reimer, S. 1040.

schreibekauf dieser Art wird stets vorher vereinbart, weil sonst der Händler keinen Anlaß hätte, auf sein Recht zur sofortigen Bezahlung zu verzichten. Oft wird auch bei der ersten Vereinbarung ein Kontrollbuch angelegt.²¹⁴⁾ Rechtlich könnte man den Anschreibekauf als Kreditkauf, als Stundung (Kreditkauf i. w. S.) oder als Verzicht des Verkäufers auf das Recht der Zug-um-Zug-Leistung ansehen. Bei vertraglicher Vereinbarung eines bestimmten Abrechnungstermins geht das "Anschreiben" jedoch anders als beim einmaligen Anschreiben - etwa bei vergessener Geldbörse - über den letztgenannten Verzicht hinaus. Der Kunde braucht dabei nämlich vereinbarungsgemäß von vornherein nicht sofort zu zahlen.

Das Gesetz wertet den Anschreibekauf als "Stundung" des Kaufpreises (§ 3 RabG). Wenn man aber unter "Stundung" lediglich eine nachträgliche Vereinbarung auf befristetes Hinausschieben einer bereits fällig gewordenen Forderung versteht, so fällt der Anschreibekauf nicht darunter. Beim Anschreibekauf wird nämlich bereits durch vorherige Vereinbarung, spätestens beim Abschluß des ersten Kaufvertrages, die Fälligkeit der bis zur Abrechnung entstehenden Kaufpreisforderungen auf eine bestimmte Zeit hinausgeschoben. Dies Hinausschieben des Fälligkeitspunkts ist Merkmal des Kreditkaufs i. e. S., wenn es auch häufig als Stundung bezeichnet wird.²¹⁵⁾ Der vorher vereinbarte Anschreibekauf ist demnach ein echter Kreditkauf.²¹⁶⁾ Gewährt ein Händler dem Anschreibekunden beim Abrechnen des angeschriebenen Betrages einen Barzahlungsrabatt gemäß § 3 RabG, so wird damit jedoch nicht für vorzeitige Zahlung des Kreditpreises ein Zwischenzins vergütet. Der Käufer nimmt ja den gewährten Kredit voll in Anspruch. Auch beim Anschreibekauf ist der Barzahlungsrabatt also kein echter Skonto.²¹⁷⁾

214) Der Streit um das Erfordernis vorheriger Vereinbarung eines "Anschreibekaufs" ist daher mehr theoretischer Natur. (vgl. Michel-Weber-Gries, § 3 Anm. 1; Reimer, S. 1041; Baumbach-Hefermehl, zu § 3 RabG, Anm. 3).

215) RGZ Bd. 83, S. 181 ff; Staudinger-Ostler, § 433, Anm. 131.

216) So auch Mellerowicz ohne Begründung.

217) Das entgegengesetzte Problem, ob das Fordern des für Barkauf festgesetzten gebundenen Preises als Kreditpreis ohne einen Aufschlag nicht gegen die vP verstößt, kann hier nicht verfolgt werden. Der BGH vertritt die Auffassung, daß die Gewährung von Teilzahlungen ohne Aufschlag bei Barpreisfestsetzung einen Verstoß gegen das Rabattgesetz darstellt (BGH in NJW 1959, S. 1182). Zu den kartellrechtlichen Folgen vgl. den Tätigkeitsbericht 1959 des BKA; Völp in WRP 1958, S. 360 unter 3d.

dd) Man könnte nun aber den Barzahlungsrabatt bei Barkäufen als Belohnung für rechtzeitige Zahlung ansehen, die der Händler gewährt, weil ihm das Risiko späterer vergeblicher Zahlungsaufforderungen und daraus folgender Geldeinbußen erspart bleibt, Selbst wenn man aber diese Bedeutung des Barzahlungsrabatts ohne Prüfung unterstellt, läßt sich der Nachlaß nicht als Skonto ansehen. Zwar enthält der Skonto auch eine Risikoprämie und Entgelt für gesparte Nebenkosten.²¹⁸⁾ Diese Funktionen können aber die Höhe des Skontos - 3% bei 30 Tagen Ziel entsprechen einem Jahreszins von 36% - allein nicht rechtfertigen. Nebenkosten und das Risiko verweigerter Zahlungen werden bereits bei der Preisfestsetzung durch den Unternehmer einkalkuliert und spielen daher bei dem einzelnen Verkaufsgeschäft nur eine untergeordnete Rolle, sie stellen lediglich Nebenfunktionen dar. Entscheidend für das Wesen des Skontos ist vielmehr das Merkmal der Vergütung für vorzeitige Zahlung. Skonto ist in seiner Hauptfunktion ein Zwischenzins und wird in der Praxis als solcher gefordert und gewährt.^{218a)} Dies wesentliche Merkmal ist beim Barzahlungsrabatt nach § 3 RabG nicht gegeben, wenn erst zum vereinbarten Abrechnungstermin gezahlt wird.

ee) Zusammenfassend läßt sich also feststellen, daß der Barzahlungsrabatt nur dann als echter Skonto zu verstehen ist, wenn das zugrundeliegende Geschäft auf der Basis des Kreditkaufs abgeschlossen wird und der Käufer den Kredit nicht voll in Anspruch nimmt.²¹⁹⁾ Dies ist heute nur beim Kauf hochwertiger Einzelgegenstände der Fall.

Bei Einkäufen geringwertiger Güter des alltäglichen Bedarfs, die als Bar- oder Anschreibekäufe getätigt werden, hat der nach dem Rabattgesetz zulässige Barzahlungsrabatt dagegen nicht die Funktion des Skontos. Vergü-

218) Vgl. oben S.111, Fußnote 204.

218a) Dazu oben S.111, Die dort in Anm.203 zitierten Autoren erwähnen lediglich diese Funktion des Skontos.

219) Dabei ist nicht erforderlich, daß der Kunde sofort bei Kaufabschluß zahlt. Es genügt vorzeitige Zahlung, wobei in der Praxis gestaffelte Skontosätze zu beobachten sind. (z.B. findet sich die Vereinbarung: "Preis bei 30 Tagen Ziel, bei sofortiger Barzahlung 3%, bei Zahlung innerhalb 10 Tagen 2%, innerhalb 20 Tagen 1% Skonto.") Auch bei solchen Skonto-staffeln bleibt der Charakter des Zwischenzinses erhalten, er erklärt sogar gerade die unterschiedlichen Skontosätze.

für vorzeitige Zahlung ist hier nicht möglich, weil nicht vorzeitig gezahlt wird. Eine generelle Gleichsetzung von Barzahlungsrabatt und Skonto ist danach nicht gerechtfertigt. Die auf dieser Gleichsetzung basierenden Meinungen sind bereits in ihrer Grundlage verfehlt, weil sie die unterschiedliche Bedeutung des Barzahlungsrabatts in der Wirklichkeit der modernen Wirtschaft nicht berücksichtigen.

2. Neuerdings stellt denn auch das Bundeskartellamt entscheidend darauf ab, daß der Barzahlungsrabatt nach Rabattgesetz als Belohnung für rechtzeitige Zahlung zu verstehen sei. Er bestimme nicht den Gegenwert der Ware als deren Preis. Vielmehr müsse der Barzahlungsrabatt als Geschäftsbedingung angesehen werden.²²⁰⁾ Von der Verwandtschaft zwischen Skonto und Barzahlungsrabatt ist keine Rede mehr.²²¹⁾

Gegen die Begründung dieser Auffassung vom Wesen des Barzahlungsrabatts ergeben sich bereits formelle Bedenken. Wenn vertraglich die Zahlung der geschuldeten Kaufpreissumme bis zu einem bestimmten Zieldatum hinausgeschoben wird, ist die Zahlungsbedingung "bei sofortiger Barzahlung 3% Preisnachlaß" sinnvoll. Mit Hilfe dieser Zahlungsmodalität kann ein wirtschaftlicher Ausgleich der Vor- und Nachteile erzielt werden, die sich aus den unterschiedlichen Zahlungssterminen ergeben. Eine derartige Zahlungsbedingung wird entweder beim Vertragsschluß individuell vereinbart oder, soweit sie in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist, mit diesen zum Inhalt des Vertrages gemacht. Sie ist eine Unterform der Geschäftsbedingung.

220) BKA in WuW 1960, S. 740 ff; vgl. oben S. 108 f.

Bei dem vom Bundeskartellamt zu beurteilenden Sachverhalt handelte es sich offensichtlich um Barkäufe. In der allgemeinen Formulierung erscheinen die Ausführungen des BKA allerdings bedenklich, weil der Barzahlungsrabatt nicht ausschließlich für rechtzeitige Zahlung gewährt wird, sondern beim Kreditkauf auch als Vergütung für vorzeitige Zahlung vorkommen kann (vgl. oben unter 1). Jedoch sind die Argumente des BKA zumindest für die Rabattgewährung beim Barkauf bedeutsam und erfordern insoweit eine Stellungnahme.

221) Vgl. oben S. 107, Fußnote 196.

In dem vom Bundeskartellamt zu entscheidenden Fall stand jedoch dem Schuldner des Kaufpreises nur eine Zahlungsweise offen, wenn er vertragsmäßig erfüllen wollte. Das Bundeskartellamt weist selbst mehrmals ausdrücklich darauf hin, daß der Käufer die rabattierte Ware unverzüglich bar bezahlen müsse. Wenn sofortige Barzahlung allein geschuldet wird, besteht kein Bedürfnis, wie bei mehreren vertraglich zugelassenen Zahlungsterminen durch Zahlungsbedingungen eine Rabattgewährung für die Sofortzahlung zu vereinbaren. Nun vergleicht zwar das Bundeskartellamt auch zwei Zahlungsstermine, die Sofortzahlung und die spätere Zahlung. Es handelt sich aber dabei um einen Vergleich vertragsgemäßer und vertragswidriger Erfüllung. Denn geschuldet wird beim Barkauf allein sofortige Barzahlung, wie das Bundeskartellamt selbst ausführt. Zum wirtschaftlichen Ausgleich der Vor- und Nachteile bei vertragsgemäßer und vertragswidriger Zahlungsweise werden in der Praxis keine Geschäftsbedingungen in Form besonderer Zahlungsbedingungen vereinbart, wie bei mehreren vertraglich zugelassenen Zahlungsweisen. Die Vertragsparteien gehen bei der Festlegung von Zahlungsbedingungen nur von ordnungsgemäßer Vertragserfüllung aus. Sie wollen durch solche Konditionen regelmäßig Art und Ausmaß der Vertragsleistung klären oder über den gesetzlichen Mindestrahmen hinaus ausgestalten. Für vertragswidrige Erfüllung sind gesetzliche Ansprüche gegeben; gelegentlich werden auch dafür besondere Geschäftsbedingungen formuliert (Vertragsstrafen usw.). Wenn sofortige Barzahlung allein geschuldet wird, läßt sich daher die Gewährung von Barzahlungsrabatt bereits formell nicht als Zahlungsbedingung zum wirtschaftlichen Ausgleich zwischen verschiedenen Zahlungsweisen ansehen.

Durch den Vergleich von vertragsgemäßer sofortiger Barzahlung und vertragswidriger späterer Zahlung, wie ihn das Bundeskartellamt vornimmt, könnte man höchstens auf einem Umweg dazu kommen, die Gewährung von Barzahlungsrabatt bei sofortiger Zahlung als Geschäftsbedingung anzusehen. Oft werden Geschäftsbedingungen vereinbart, die vertragswidrige Erfüllung mit besonderen Strafen belegen. Nun kann man Strafe auch in der Form aussprechen, daß ordnungsgemäßes Verhalten besonders belohnt wird. Durch die Bevorzugung der vertragsgemäßen Erfüllung wird indirekt die Vertragsverletzung bestraft. Diese Überlegung läßt sich auch in dem vom Bundeskartellamt beurteilten Sachverhalt anstellen. Der vom Käufer nach Abzug des Rabatts tatsächlich gezahlte Preis würde das vereinbarte Entgelt des Kaufvertra-

ges sein. Bei verspäteter Zahlung müßte der gebundene Preis ohne Nachlaß gezahlt werden. Der Rabatt wäre die Belohnung für vertragsmäßiges Verhalten. Gegenüber säumigen Zahlern erhielte die ihnen vorenthaltene Rabattgewährung den Charakter einer Strafe. Auf diese Weise könnte man in der Vereinbarung der Rabattgewährung eine besondere "Geschäftsbedingung" sehen, die vertragswidrige Erfüllung bestrafen will. Eine solche Betrachtungsweise würde aber die tatsächlichen Verhältnisse und die Vorstellungen der Vertragspartner verkennen. Bei der Gewährung von Barzahlungsrabatt soll - auch nach Meinung des BKA - der festgesetzte Preis ohne Rabattabzug das Entgelt für die Lieferung der Ware sein. So wird er auch von den Händlern, die keinen Rabatt gewähren, gefordert und ganz allgemein verstanden. Auf diesem gedanklichen Umweg läßt sich also die Gewährung von Barzahlungsrabatt auch nicht formell als Geschäftsbedingung auffassen.

Die Vereinbarung "Es muß unverzüglich (bzw. beim Anschreibekauf bei der Abrechnung) bezahlt werden; bei ordentlicher Vertragserfüllung wird 3% Barzahlungsrabatt gewährt", erscheint daher bereits formell nicht als Geschäftsbedingung, die eine Regelung der Rechtslage bei Ausnutzung verschiedener möglicher Zahlungsweisen darstellt. Zum anderen wird auch der Barzahlungsrabatt weder vom Händler noch vom Kunden als Belohnung für rechtzeitige Zahlung angesehen. Das Rabattgesetz hat allerdings den Barzahlungsrabatt so ausgestalten wollen. Nach der Amtlichen Begründung wird der Zweck des Barzahlungsrabatts darin erblickt, die Kundschaft zur Barzahlung zu erziehen und das Borgen mit seinen Verlusten und Ausfällen einzuschränken.²²²⁾ Diesem Zweck dient aber der Barzahlungsrabatt heute überhaupt nicht mehr. Der Händler will mit der Rabattgewährung den Käufer nicht zur sofortigen Barzahlung anreizen. Ein derartiger Anreiz würde nur Wert haben, wenn das Borgen üblich wäre. Wegen der heute bei kleinen Einkäufen billiger Konsumgüter allgemein üblichen unverzüglichen Barzahlung hat der Händler keinen Anlaß zu einer Rabattankündigung zu dem vom Gesetzgeber unterstellten Zweck. Beim Einzelkauf bekommt er den Kaufpreis auch ohne Rabattgewährung sofort in bar, wenn der Kunde sich einmal

222) Amtliche Begründung zum Rabattgesetz im Reichsanzeiger Nr. 285 vom 5. Dez. 1933 (abgedruckt bei Michel-Weber-Gries, Anhang V, S. 183).

zum Einkauf bei diesem Händler entschlossen hat; die Rabattan- kündigung beeinflusst höchstens die Wahl des Ladens. Beim Anschreibekauf wird ebenfalls zur festgesetzten Zeit der geschuldete Monatsbetrag gezahlt. Dabei ist zu beachten, daß der Kaufmann sich zum Anschreibekauf nur bei Stammkunden bereitfindet, wenn diese ihm für pünktliche Zahlung sicher erscheinen. Der Kunde sieht in der Rabattgewährung keinen Anreiz zur Barzahlung, weil er diese Zahlungsweise bei jedem Einkauf gewohnt ist. Dazu kommt, daß oft mit Rabattgewährung überhaupt ohne Hinweis auf das Erfordernis sofortiger Barzahlung geworben wird. Beim Anschreibekauf werden zudem häufig unter Verstoß gegen das Rabattgesetz ²²³⁾ die Rabattmarken schon bei den einzelnen Einkäufen ausgegeben und oft schon vor der Abrechnung wieder eingelöst. Bei dieser Handhabung kann und soll der Barzahlungsrabatt nicht in Form einer besonderen Belohnung zur sofortigen Barzahlung anreizen.

Daher ist die Begründung des Bundeskartellamtes, als Belohnung für rechtzeitige Zahlung sei der Barzahlungsrabatt als Geschäftsbedingung anzusehen, nicht stichhaltig.

IV. 1) Der nach dem Rabattgesetz zulässige Barzahlungsrabatt kann also je nach den Besonderheiten des Einzelfalles (Bar- oder Kreditkauf) sowohl Zahlungsbedingung sein als auch nicht. Mit dieser Feststellung ist aber für die Bindungsfähigkeit nach den §§ 15, 16 GWB noch nichts entschieden. Selbst wenn der Barzahlungsrabatt beim Bar- oder Anschreibekauf nicht als Zahlungsbedingung eingeordnet werden kann, so ist damit noch nicht gesagt, daß er dann bindungsfähiger Preisbestandteil sein muß. Eine solche einfache Schlußfolgerung würde die Beziehung zwischen den §§ 15, 16 GWB sowie deren wirtschaftliche Bedeutung nicht genügend beachten. Die Anwendung des § 15 GWB oder der Ausnahmebestimmung des § 16 GWB kann nicht von einer formellen Einordnung des Barzahlungsrabatts in die Gruppe der Konditionen oder Preisbestandteile abhängen. In der Rechtslehre wird allerdings eine solche Abhängigkeit häufig betont. ²²⁴⁾ Dieser Mei-

223) Nach § 3 RabG darf der Barzahlungsrabatt beim Anschreibekauf erst bei der Bezahlung, also nicht vorher, gewährt werden.

224) Vgl. oben S. 105, Fußnote 188.

nung ist zuzugeben, daß sie den Wortlaut der §§ 15, 16 GWB für sich hat. Im Wirtschaftsleben werden die Ausdrücke "Geschäfts-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen usw." häufig verwendet. Darunter versteht man Bestimmungen, die von den Vertragspartnern zum Inhalt des Vertrages gemacht werden. Die generelle Bezeichnung "Geschäftsbedingungen" wird dabei auch als Oberbegriff für alle Konditionen gebraucht. Sie ist so wenig scharf umrissen, daß man darunter Vertragsvereinbarungen des verschiedensten Inhalts zusammenfassen kann, ohne den Ausdruck "Geschäftsbedingung" sprachlich oder begrifflich falsch anzuwenden. Eine formell als solche bezeichnete "Geschäftsbedingung" kann den Preis des Kaufgegenstandes so sehr beeinflussen, daß sie ihn wirtschaftlich herauf- oder herabsetzt, d.h. bei gebundenen Preisen die Bestimmtheit aufhebt. Wenn dem Hersteller von Markenwaren überhaupt die aus dem festen Preis folgenden Vorteile einer vP zugutekommen sollen, muß er auch die Vereinbarung einer derartigen Bedingung beim weiteren Absatz seines Erzeugnisses verhindern können. In dieser Richtung zielen auch die in der Literatur zu beobachtenden Bemühungen verschiedener Autoren, formell als solche bezeichnete Geschäftsbedingungen vom Verbot des § 15 GWB auszunehmen und gemäß § 16 GWB für bindungsfähig zu erklären. ²²⁵⁾

Man kann also nach den allgemeinen Maßstäben des Schuld- und Handelsrechts formell zwischen Preis und Geschäftsbedingung unterscheiden und dabei sogar die von den Vertragsparteien gewählten Bezeichnungen zugrundelegen. Eine solche äußerliche Abgrenzung der Begriffe genügt aber nicht, um die Grenze zwischen Preis und Geschäftsbedingung so zu ziehen, daß die Bestimmungen der §§ 15, 16 GWB ihren Zweck im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen erfüllen können.

Dagegen ließe sich eine unter Beachtung der ratio legis und der wirtschaftlichen Zusammenhänge besonders auf die §§ 15, 16 GWB zugeschnittene materielle Abgrenzung zwischen Geschäftsbedingungen und Preisbestandteilen vornehmen. Man könnte sozusagen den Begriff der

225) Dörinkel in WuW 1953, S. 663; Schwartz in M-H-S, § 16 Anm.18 und v. Brunn in M-H-S, § 2 Anm.13; Spengler in MA 1954, S. 3ff, S.405; weiter die oben S.3, Fußnote 8 zitierten Autoren

"Geschäftsbedingungen i.S. des § 15 GWB" und des "Preises i.S. des § 16 GWB" unabhängig von den überkommenen Begriffen prägen. Alle Vereinbarungen, die nach dem Zweck des § 16 GWB nicht zum notwendigen Inhalt einer wirkungsvollen vP gerechnet werden müssen, ließen sich als "Geschäftsbedingungen" bezeichnen, alle anderen als "Preisbestandteile".

Als Versuch einer derartigen materiellen Einordnung kann man die Ausführungen des Bundeskartellamts in seiner neuesten Entscheidung zum Barzahlungsrabatt verstehen.²²⁶⁾ Nachdem die Einspruchsabteilung zunächst begründet hat, daß der Barzahlungsnachlaß den "bestimmten" Preis nicht herabsetze, wird ausgeführt:

"Geschäftsbedingungen sind, wie sich aus den §§ 15, 16 GWB ergibt, hier alle Vertragsbestandteile, mit denen nicht der Preis (und die Ware) bestimmt werden. Nach dem Gesagten fallen hierunter nicht der Barzahlungsrabatt..."

Eine solche materielle Abgrenzung schießt jedoch über das gesteckte Ziel hinaus. Sinn der Abgrenzung zwischen Geschäftsbedingung und Preis im Zusammenhang mit der vP kann doch höchstens sein, ein Hilfsmittel für die Entscheidung der Bindungsfähigkeit nach § 16 GWB zu gewinnen. Wenn man eine Abgrenzung in der Weise vornimmt, daß inzidenter bereits die Preisbeeinflussung geprüft wird, so wird das gesuchte Ergebnis schon vorweggenommen.

Diese Überlegungen zeigen, daß es unzweckmäßig ist, überhaupt eine - formelle oder materielle - Unterscheidung zwischen Geschäftsbedingung und Preisbestandteil bei der Frage nach dem zulässigen Umfang einer vP gemäß § 16 GWB heranzuziehen.

- 2) Es erscheint vielmehr gegenüber diesem herkömmlichen Lösungsweg richtiger, allein die Frage zu entscheiden, ob nach dem Zweck und der wirtschaftlichen Bedeutung des § 16 GWB die konkret vereinbarte Bindung in ihrem Umfang zulässig ist. Die materiellen Voraussetzungen, unter denen eine vertikale Bindung gemäß § 16 GWB vom Verbot

226) BKA in WuW 1960, S. 740 ff (742).

des § 15 GWB ausgenommen ist, müssen aus dem Zweck dieser Vorschrift und dem Zusammenhang der rechtlichen Bestimmungen über die vP erschlossen werden.

§ 15 GWB verbietet generell vertikale Wettbewerbsbeschränkungen. Als Ausnahme von diesem Verbot gestattet § 16 GWB eine vP bei Markenwaren. Diese Ausnahme ist gerechtfertigt, weil das System einer vP den Wert der Marke und die erkämpfte Marktposition des Markeninhabers erhalten hilft.²²⁷⁾ Gerade die festen Preise sind am besten geeignet, das Vertrauen der Verbraucher in den Wert des Markenartikels zu festigen und den Absatz optimal zu gestalten.

Den Zweck des Gesetzes erreicht also bereits eine Bindung, welche die Bestimmtheit des festgesetzten Preises gewährleistet. Weitergehende Bindungen, die nicht erforderlich sind, um die Einhaltung "bestimmter Wiederverkaufspreise" zu erzwingen, brauchen nach diesem Zweck des § 16 GWB nicht vom Verbot des § 15 GWB ausgenommen zu werden. Der Preisbinder benötigt sie nicht zur Sicherung seiner errungenen Stellung. Als materielles Merkmal für die Zulässigkeit einer vP nach § 16 GWB läßt sich also festhalten, daß die vereinbarte Bindung ihrem Umfang nach zur Erhaltung des bestimmten Preises erforderlich sein muß.

Hier erhebt sich sofort die Frage, wann die Bestimmtheit der Preise i. S. des § 16 GWB erreicht ist. Aus einer Formulierung des Bundeskartellamts läßt sich der Schluß ziehen, daß subjektive Vorstellungen der Verbraucher bei der Entscheidung dieser Frage beachtet werden müssen. Das Bundeskartellamt führt nämlich zum Begriff des bestimmten Preises unter Hinweis auf den Zweck und die Entstehungsgeschichte des § 16 GWB aus:²²⁸⁾

"Die als Ausnahme von dem generellen Verbot des § 15 GWB zugelassene vP darf nicht weitergehen, als notwendig ist, um diese Verknüpfung von Preis und gleichbleibender Güte der Ware in der Vorstellung des Verbrauchers zu erreichen und zu erhalten..."

227) Dazu im einzelnen oben S. 96.

228) BKA in BB 1960, S. 666 ff. (vollständiges Zitat oben auf S. 97).

Bei näherer Untersuchung zeigt sich jedoch, daß diese Vorstellung der Verbraucher nicht den Umfang der zulässigen vP bestimmen kann, sondern daß dafür andere Gesichtspunkte maßgebend sein müssen. Die Begründung dieser Feststellung soll mit einem Beispiel eingeleitet werden. Ein Einzelhändler H kündigt auf großen Plakaten in den Schaufenstern und im Ladeninnern an, daß er die von Markenartikel-Herstellern festgesetzten Preise für Markenwaren um 3% senken könne, weil er eine größere Erbschaft gemacht habe und seine Kunden daran teilhaben lassen wolle (oder z.B. in den letzten Jahren hohen Gewinn erzielt habe, den er z.T. wieder ausschütten wolle). Verstößt dieser Händler gegen die Preisbindungsverträge? Anders formuliert, kann ein Preisbinder untersagen, daß derartige Preisermäßigungen vorgenommen werden?

Geht man von der oben zitierten Formulierung des Bundeskartellamtes aus und betrachtet man den Zweck des § 16 GWB nur im Hinblick auf die Endverbraucher, so muß man diese Fragen verneinen. Denn die psychologische Verknüpfung zwischen - vom Markenartikel-Hersteller gebundenem - Festpreis und Güte der Ware wird in der Vorstellung der Verbraucher, die bei H kaufen, nicht zerstört. Da sie die Preisermäßigung als Maßnahme des Händlers auf Grund seiner persönlichen günstigen Finanzlage erkennen, können sie aus den herabgesetzten Preisen nicht auf eine Verschlechterung der Ware schließen. Die Preisbinder haben also scheinbar keinen Schaden von diesem Verstoß gegen die Preisfestsetzung. Der durch § 16 GWB geschützte Wert der Marke bleibt in der Vorstellung der Verbraucher erhalten. Daher scheint das Verbot einer solchen Maßnahme nicht durch § 16 GWB gerechtfertigt zu sein. Wäre dies richtig, so würde daraus folgen, daß nur solche Bindungen nach § 16 GWB zulässig sind, die einen Schluß der Verbraucher von den unterschiedlichen Preisen auf unterschiedliche Qualität der Markenware und damit auf Minderwertigkeit der Marke selbst verhindern können. Auf diese Weise ließe sich der Begriff des "bestimmten Preises" in § 16 GWB und damit auch der Begriff der Lückenlosigkeit festlegen. Der Preis wäre solange bestimmt, wie die Verbraucher aus Preisveränderungen nicht auf schwankende Qualität des Markenartikels und auf Minderwertigkeit der Marke schließen.

Diese Begriffsbestimmung berücksichtigt aber nur die Beteiligung der Verbraucher am Absatz der Ware. Sie fußt auf der Annahme, der Preisbinder habe keinen Schaden von einer Preisermäßigung, wenn die Käufer

fer dieses Abgehen vom festgesetzten Preis nicht mit der Qualität des Markenartikels in Verbindung bringen. Diese Ausnahme trifft in ihrer Einseitigkeit nicht die wirklichen Verhältnisse. Der durch § 16 GWB geschützte Wert einer Marke und damit die Marktposition des Markeninhabers hängen nicht allein von der Vorstellung und Wertschätzung der Endverbraucher ab. Am Absatz sind auch die Händler auf der Groß- und Einzelhandelsstufe maßgeblich beteiligt. Auch diese Beteiligung der Händler am Vertrieb eines Artikels kann erhebliche Gefahren für den Wert einer Marke enthalten. Ob der oben einseitig auf die Verbraucher bezogene enge Begriff des "bestimmten Preises" in der Praxis Anwendung finden kann, darf daher erst entschieden werden, wenn auch die Beteiligung der Händler am Absatz einer Markenware berücksichtigt ist.

Wenn die Händler sich weigern, den Preisbindungsvertrag abzuschließen oder aufrechtzuerhalten und lieber die Markenware nicht in ihr Sortiment aufnehmen, so erleidet die Marke einen empfindlichen Schaden, weil der Absatzweg des Artikels durch Blockierung einer Vertriebsstufe unterbrochen ist. Die Beziehungen zwischen Hersteller und vertreibendem Händler sind für den Absatz einer Ware und damit für den Markenwert wichtig. Diese Beziehungen werden wesentlich durch die Lückenlosigkeit oder Lückenhaftigkeit des Preisbindungssystems beeinflusst. Wird die vP vom Preisbinder nicht lückenlos ein- und durchgeführt, so ist den gebundenen Händlern nicht zuzumuten, die Preisfestsetzung zu respektieren. Wenn sie vertragstreu bleiben, sind sie im Wettbewerb gegenüber den Konkurrenten, die nicht gebunden sind oder den Preisbindungsvertrag verletzen, erheblich im Nachteil; denn der Verbraucher bevorzugt den billigeren Laden. Sie können daher, um im Wettbewerb zu bestehen, von den festgesetzten Preisen abweichen oder die vP fristlos kündigen.²²⁹⁾ Wollte man nun bei der Frage

229) Völp in WRP 1958, S. 353 ff (355). Baumbach-Hefermehl zu § 1 UWG, Anm. 299 ist sogar der Ansicht, daß der vertragstreue Händler bei Lückenhaftigkeit des Systems ohne Kündigung von der Verpflichtung zur Einhaltung der festgesetzten Preise frei wird.

nach der Bestimmtheit des Preises lediglich auf die subjektive Vorstellung der Käuferschaft über die Verknüpfung von Festpreis und Güte der Ware abstellen, so bliebe im Beispielsfall der Preis "bestimmt" i.S. des § 16 GWB. Denn - wie schon erwähnt - erkennen die Kunden des H sofort, daß der Preisbinder einen bestimmten Preis festgesetzt hat. Sie haben keinen Anlaß, aus der besonderen Preisermäßigung auf schwankende Güte der Ware zu schließen. Aus der Bestimmtheit des Preises würde weiter folgen, daß das Preisbindungssystem durch die Maßnahme des H nicht lückenhaft geworden ist. Die übrigen Händler könnten also nicht unter Berufung auf eine Lücke des Systems von ihrer Bindung loskommen, sondern müßten die festgesetzten Preise weiter einhalten und den wettbewerblichen Nachteil tragen. Bei einer solchen Festlegung des Begriffs der Lückenlosigkeit würde sich erkennbar kein redlicher Händler mehr zum Abschluß eines Preisbindungsvertrages bereitfinden, bzw. der Vorteil eines einheitlichen Preises würde dem Preisbinder bald verlorengehen, weil alle Händler trotz vP derartige versteckte Preisermäßigungen vornehmen würden. Von einem Ausschluß des Preiswettbewerbs auf der Händlerstufe könnte keine Rede mehr sein. Der Schutzzweck des § 16 GWB, gerichtet auf Erhaltung des Markenwertes und optimalen Absatz, wäre so nicht zu erreichen.²³⁰⁾

Dies Beispiel zeigt, daß die psychologische Verknüpfung von Festpreis und Güte der Ware, auf die das Bundeskartellamt so großen Wert legt, nicht entscheidendes Merkmal für die Bestimmtheit des Preises i.S. des § 16 GWB sein kann. Die besonderen wirtschaftlichen Beziehungen zwischen dem bestimmten Preis, der Lückenlosigkeit der vP und dem Interesse der Händler an lückenloser Preisbindung sind vielmehr in diesem Zusammenhang zu beachten.

Diese Beziehungen sind nun nicht dergestalt, daß die Lückenlosigkeit des Bindungssystems die Hauptsache ist und in erster Linie angestrebt werden muß.²³¹⁾ Primär muß die Gleichheit der Preise für

230) Man darf § 16 GWB und die in dieser Bestimmung eines Wirtschaftsgesetzes verwendeten Ausdrücke nicht rein rechtlich betrachten. Die Auslegung muß immer im Hinblick auf die wirtschaftlichen Zusammenhänge und die weitergehenden Folgen der Auslegung vorgenommen werden.

231) Diese Ansicht vertritt Kirschstein in WuW 1959, S. 235 ff (236).

eine Markenware im gesamten Absatzgebiet zum Schutz des Markenwertes gesichert werden.

Die Bestimmtheit des Preises entscheidet dann über das Vorhandensein von Lücken und damit über die Lückenlosigkeit oder -haftigkeit des Systems. Daher ist die Bestimmtheit des Preises das Primäre, die Lückenlosigkeit das Sekundäre.

Daraus darf jedoch andererseits nicht gefolgert werden, daß man das Merkmal "bestimmter Preis" völlig ohne Rücksicht auf das Erfordernis der Lückenlosigkeit allein im Hinblick auf den Schutz des Markenwertes bestimmen dürfe. Dann wäre der Schutz des Markenwerts durch vP nicht wirksam gewährleistet. Denn für die Ein- oder Durchführung der vP und für einen optimalen Vertrieb des preisgebundenen Artikels kommt es - wie oben gezeigt - auch auf die Bereitwilligkeit der Händler zur Mitwirkung am Absatz an. Die Zumutbarkeit des Festhaltens von Händlern an einer lückenhaften vP kann erst problematisch werden, wenn eine Lücke im Preisbindungssystem überhaupt festzustellen ist. Für die Händler ist es daher wichtig, daß in allen Fällen, in denen für sie das Festhalten an der vP unzumutbar wird, wirklich eine Lücke im Preisbindungssystem angenommen wird. Nur dann sind sie vor Konkurrenzdruck sicher und an einer vP interessiert. Der Begriff der Lücke und damit negativ der Begriff des bestimmten Preises müssen also trotz ihres logischen Vorranges unter Berücksichtigung der Händlerbelange bestimmt werden. Denn sonst ist es denkbar, daß zwar in der begrifflichen Konstruktion von "bestimmtem Preis" und "lückenlosem System" gesprochen werden kann, in der Praxis aber ein derartiges System sich nicht durchsetzt, weil die Händler entweder den Abschluß verweigern oder "ohne Verstoß gegen die Lückenlosigkeit" der Preisbindung die festgesetzten Preise ermäßigen (siehe Händler H).

Soll die vP also wirtschaftlich voll zum Tragen kommen und der Schutz des Markenwerts durch optimalen Vertrieb gewährleistet sein, so muß man den Begriff des "bestimmten Preises" in einer Weise festlegen, daß alle gebundenen Händler durch die vP vor einem Preiswettbewerb durch Konkurrenten geschützt sind. Daraus

folgt, daß der Preis nur dann "bestimmt" ist, wenn alle Maßnahmen verboten sind, die das Käuferpublikum als Preisermäßigung wertet. Nur dann ist nämlich ausgeschlossen, daß die Käuferschaft bestimmte "billigere" Händler bei der Wahl der Einkaufsstätte bevorzugt, während andere Händler dieselbe Wettbewerbsmaßnahme nicht ohne Schwierigkeiten oder Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen (z.B. § 6 RabG) vornehmen können. Würden derartige Maßnahmen nicht durch die vP erfaßt, weil man den "bestimmten" Preis anders definiert, so würde begrifflich die Lückenlosigkeit der vP bestehen bleiben. Wirtschaftlich würde dann aber der Markeninhaber den Widerstand der redlichen Händler zu spüren bekommen, und der Wert seiner Marke wäre erheblich gefährdet.

Danach ergibt sich für den Begriff des "bestimmten Preises" folgendes. Die Bestimmtheit des Preises i.S. des § 16 GWB ist nur vorhanden, wenn die Käuferschaft keinen Anlaß hat, bestimmte Händler aus Preisgesichtspunkten beim Kauf von gebundenen Markenwaren zu bevorzugen. Alle auf Kundenfang abzielenden versteckten Preisermäßigungen, welche von den Käufern als solche gewertet werden, vernichten den bestimmten Preis in dem hier vertretenen Sinne und führen zu einer Lücke im Preisbindungssystem. Sollte eine vom Händler zum Anlocken der Kunden mittels versteckter Preisermäßigung eingeführte Maßnahme dagegen von den Verbrauchern nicht als Ermäßigung gewertet werden, so wird die Bestimmtheit des Preises nicht aufgehoben; denn eine derartige Maßnahme kann den Preiswettbewerb der Händler in Wirklichkeit gar nicht beeinflussen und somit praktisch keine Gefahr für den Absatz des Markenartikels und den Markenwert bilden. Insoweit spielen also für den Begriff des "bestimmten Preises" die subjektiven Vorstellungen und Wertungen der Verbraucher eine Rolle. Dagegen ist es - wie oben gezeigt ^{231a)} - unerheblich für diese Begriffsbestimmung, ob in der Vorstellung der Verbraucher die psychologische Verknüpfung von festgesetztem Preis und Güte der Markenware trotz dieser Lockmaßnahmen des Händlers bestehen bleibt oder nicht. Wenn also eine vP nach § 16 GWB zwischen dem Hersteller eines Markenartikels und dem zum Vertrieb bereiten Händler vereinbart wird, so gehört zur Preisbestimmung nicht nur die ziffermäßige Festlegung des Wiederverkaufspreises und das Verbot von Maßnahmen,

231a) S. 125 f.

die in Verbraucherkreisen den Wert der Marke durch Rufgefährdung vermindern können. Vielmehr sind auch solche Maßnahmen dem gebundenen Händler untersagt, welche von den Kunden als Preisermäßigung angesehen werden und zum Einkauf in bestimmten Läden anreizen.

- 3) Nach diesen Gesichtspunkten muß auch die Bindungsfähigkeit des Barzahlungsrabatts gemäß § 16 GWB geprüft werden. Dabei ist wieder zu unterscheiden, in welcher Form der Nachlaß gewährt wird.

Beim Kreditkauf hochwertiger Gegenstände ist der Barzahlungsrabatt oben als Vergütung für vorzeitige Zahlung erkannt. Der Käufer betrachtet die Rabattgabe in Form eines sofortigen Preisabzugs hier nicht als Ermäßigung des festgesetzten Verkaufspreises, sondern nimmt sie als Gegenleistung für seine, den Verkäufer besserstellende sofortige Barzahlung hin. Die unterschiedliche Gewährung dieses Barzahlungsrabatts beeinflusst nicht den Wettbewerb der Händler. Denn die Käufer erkennen, daß es für sie wirtschaftlich gleich ist, ob sie sofort zahlen und Rabatt bekommen oder ob sie nach Ausnutzung des Zahlungsziels den angekündigten Preis ohne Nachlaß zahlen müssen. Zum anderen ist in der Praxis zu beobachten, daß derartige Barzahlungsrabatte als Zwischenzins nicht zu Wettbewerbszwecken benutzt werden. Sie werden auch nicht in auffälliger Weise angekündigt, aber ganz allgemein, zumindest auf Verlangen des Käufers, gewährt.²³²⁾ Es besteht also für den Käufer kein Grund, einen Händler wegen der Rabattgewährung zu bevorzugen. Im Wettbewerb wird somit kein Händler benachteiligt.

Die Gewährung eines Barzahlungsrabatts als Vergütung für vorzeitige Zahlung ändert also nicht den "bestimmten Preis" im oben festgelegten Sinn. Sie wird allgemein nicht als Preisermäßigung, sondern als Zahlungsmodalität angesehen. Daher besteht kein Bedürfnis für den Preisbinder, im Hinblick auf den wirtschaftlichen Wert seiner vP diese Rabattgabe nach § 16 GWB zu verbieten. Sie kann nicht nach § 16 GWB untersagt werden.

-
- 23.1) Jeder Händler kann sich eine derartige Vergütung ohne Gefährdung seines Gewinns leisten, weil er entsprechende Vorteile durch die sofortige Barzahlung erhält. Warenhäuser dürfen allerdings gemäß § 6 RabG auch diesen Barzahlungsrabatt nicht einräumen. Sie sind daher allgemein dazu übergegangen hochwertige Gegenstände zu einem "Nettopreis" gegen sofortige Barzahlung zu verkaufen. Der Kunde kann allerdings - durch

Wird dagegen beim Kauf geringwertiger Gegenstände des Massenkonsums (Lebensmittel, Kosmetika usw) Barzahlungsrabatt in Form eines sofortigen Preisabzugs oder durch Ausgabe später einzulösender Rabattmarken gewährt, so ist eine völlig andere Situation gegeben. Ein derartiger Barzahlungsnachlaß ist keine Zahlungsmodalität. Es erscheint fraglich, ob diese Rabattgabe nicht die Bestimmtheit des Preises i. S. des § 16 GWB berührt und deshalb in der Preisbindungs-Vereinbarung untersagt werden kann.

Das Bundeskartellamt hat die Situation eingehend untersucht.²³³⁾ Es hält trotz Rabattgewährung die Bestimmtheit der Preise weiterhin für gewährleistet. Die - bereits oben wiedergegebene ²³⁴⁾ - Begründung dieses Ergebnisses bietet mehrere Angriffspunkte.

Die Bedenken gegen die Ansicht des Bundeskartellamts, der Gesetzgeber habe mit § 16 GWB die psychologische Verknüpfung von Festpreis und Güte der Ware in der Vorstellung des Verbrauchers schützen wollen, sind bereits in anderem Zusammenhang vorgetragen worden.²³⁵⁾

Vor allem kann dem Bundeskartellamt nicht gefolgt werden, wenn es meint, die Gewährung eines Barzahlungsnachlasses werde vom Verbraucher nicht als Preisermäßigung angesehen.^{235a)} Wenn man einmal die Käuferschaft eines rabattgewährenden Händlers fragt, warum sie diesen Laden bevorzugt, so erhält man durchweg die Antwort: "Hier ist alles um 3% billiger". Das ist nicht nur ein allgemeines Gefühl der Käufer, sondern dieses Wissen von der Preisermäßigung bezieht sich auch auf die einzelnen Waren. Das gilt vor allem bei den Kunden, die stets nur bestimmte Artikel in einem Laden kaufen.

Forts. d. Anm. 232

selbständige Kreditunternehmen finanzierten - Kaufkredit in Anspruch nehmen und muß dafür Zinsen zahlen.

233) BKA in BB 1960, S. 666 ff.

234) Vgl. oben S. 107 f.

235) Vgl. oben S. 97 ff. Durch § 16 GWB soll der Wert der Marke und die Marktposition des Markeninhabers geschützt werden. Die psychologische Verknüpfung von Festpreis und Güte der Ware in der Vorstellung des Verbrauchers kann lediglich dazu beitragen, diesen Zweck zu erreichen.

235a) So neuerdings auch das Kammergericht Berlin in WuW 1961, S. 428ff (429); vgl. auch Völp in MA 1960, S. 614 ff (620).

Das Bundeskartellamt weist zur Begründung seiner gegenteiligen Auffassung auch auf den Einnahmebeleg und die Kassenquittung hin.²³⁶⁾ Dieser Hinweis vermag jedoch nicht davon zu überzeugen, daß der Barabbatt in der Praxis nicht als Preisermäßigung gewertet wird. Selbst wenn der Einnahmebeleg trotz sofortigen Preisabzugs den vollen festgesetzten Preis aufweist²³⁷⁾, wird bilanzmäßig der gewährte Barzahlungsrabatt auf jeden Fall von der Kaufpreissumme abgebucht, um den tatsächlichen Gewinn zu ermitteln. Bei diesem Buchungsvorgang wird der Nachlaß also wirtschaftlich als Senkung der Einnahmen gewertet. Die von der Kassenautomatik identisch mit dem Einnahmebeleg hergestellte Kassenquittung weist in der Regel auch nur den tatsächlich gezahlten Betrag auf. Sie wird dazu vom Käufer höchstens nach dem Einkauf beachtet, wenn das Werbemoment der Rabattankündigung bereits gewirkt hat. Beim sofortigen Preisabzug weist zudem bei der vom Bundeskartellamt angenommenen Ausgestaltung der Kassenquittung der geringere tatsächlich gezahlte Kaufpreis den Käufer auf den vorteilhaften Einkauf hin und schwächt so die Wirkung der Kassenquittung ab. Bei der Ausgabe von Rabattmarken zahlt der Kunde allerdings den vom Preisbinder festgesetzten Kaufpreis zunächst voll ein. Hier ist jedoch zu beachten, daß vor dem Einkauf der Käufer den Laden gewählt hat in dem Bewußtsein, preiswerter einzukaufen als in Läden ohne Rabattgewährung. Die Markenausgabe bei Zahlung der Kaufpreisschuld erinnert auch hier nachdrücklich an den erstrebten Vorteil.

Dem Bundeskartellamt ist zuzugeben, daß der Barzahlungsrabatt in gewisser Hinsicht vom Preis der einzelnen Ware losgelöst ist, vor allem bei Ausgabe von Rabattmarken, die oft erst Wochen nach dem Einkauf eingelöst werden. Jedoch kann auch dieses Argument nicht nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Käufer in der Rabattgewährung

236) Vgl. oben S. 108 „Nach dieser Ansicht des BKA wird der Barzahlungsrabatt im Wirtschaftsleben nicht als Preisabschlag gewertet und verbucht, weil auf dem Einnahmebeleg und der Kassenquittung der ungekürzte Rechnungsbetrag angegeben werde bzw. bei der Ausgabe von Rabattmarken der volle Kaufpreis zu zahlen sei.

237) Beim sofortigen Preisabzug wird das kaum praktisch vorkommen, weil ja nur der eingenommene verkürzte Preis in die Kasse gelegt wird und der Beleg doch auch den Kassenstand kontrollieren soll.

eine Preisermäßigung sehen. Entscheidend ist, daß der Verbraucher aus der vor dem Einkauf angestellten Überlegung, er kaufe bei Rabattgewährung "billiger", den Laden des rabattankündigenden Händlers wählt. Wenn das Bundeskartellamt in seiner Begründung den Barzahlungsrabatt als Werbemittel bezeichnet, das der Händler aus seinem Geschäftsgewinn finanziert, so gibt es damit selbst zu, daß der Rabatt die Kunden locken soll, die Vergünstigung in Anspruch zu nehmen. Die Begründung des Bundeskartellamts schließlich, der Barzahlungsrabatt gefährde nicht den "bestimmten" Preis, weil dieser Preis im Käuferbewußtsein erhalten bleibe und die psychologische Verknüpfung von Festpreis und Güte der Ware somit auch bei Rabattgewährung weiterhin bestehe, kann nicht als schwerwiegend anerkannt werden. Wie oben gezeigt, kommt es auf diese Tatsache bei der Frage nach der Bestimmtheit des Preises i.S. des § 16 GWB nicht entscheidend an. Wesentlich ist vielmehr allein, daß die Käu-ferschaft das Geschäft des rabatt gewährenden Händlers bewußt bevorzugt, weil sie dort billiger einkauft.

Diese versteckte Preisermäßigung genügt, die Bestimmtheit des festen Preises i.S. des § 16 GWB aufzuheben. Damit verliert auch die Schlußfolgerung des Bundeskartellamts, die Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems werde durch Gewährung eines Barzahlungs-rabatts nicht durchbrochen, ihre Grundlage. Allerdings wird in der Rechtslehre noch von anderen Autoren die Meinung vertreten, Ra-battgabe mache die vP nicht lückenhaft.²³⁸⁾ Die Vertreter die-ser Auffassung berufen sich ausnahmslos auf ein Urteil des Reichs-gerichts²³⁹⁾, ohne eine eigene Begründung zu geben.

238) Baumbach-Hefermehl, zu § 1 UWG, Anm. 236; Kirschstein in WuW 1959, S. 136; Schwartz in M-H-S, § 16 Anm. 19; Völp in WRP 1958, S. 353 ff (S. 359 unter 3b); Bormann in MA 1954, S. 812.

239) RG in GRUR 1936, S. 514 ff. Neuerdings hat auch das KG Berlin in WuW 1961, S. 428 ff (430 f) unter Hinweis auf diese RG-Entscheidung und auf einige der zitierten Autoren entschieden, daß die Gewährung von Barzahlungsrabatt die Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems und die Einhaltung eines "bestimmten" Preises nicht verletze und daß der Ausschluß des Barzahlungsrabatts, weil er zur Wirksamkeit der jeweiligen Preisbindung nicht erforderlich sei, durch § 16 GWB nicht gedeckt werde. Ablehnend zu diesem Urteil des KG Müller-Gries in WRP 1961, S. 176 ff.

Das betreffende Reichsgerichtsurteil erging aber zu § 6 RabG und § 1 UWG und erwähnt expressis verbis die Lückenlosigkeit der vP trotz Barzahlungsrabatt nicht. Man kann höchstens aus dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe entnehmen, daß das Reichsgericht in der Gewährung eines ortsüblichen Barzahlungsrabatts keine Durchbrechung des lückenlosen Preisbindungssystems sah, weil es die vP als wirksam behandelte. Außerdem wird vom Reichsgericht und den ihm folgenden Autoren nicht zwischen den wesensverschiedenen Erscheinungsformen des Barzahlungsrabatts beim Bar- und Kreditverkauf unterschieden. Schließlich wird ausdrücklich hervorgehoben, daß die Gewährung des Rabatts vom Preisbinder gestattet worden war. Die angeführten Literaturstellen sind daher wenig brauchbar.

Allerdings könnte man vorbringen, daß ein geringer Preisunterschied von 3% des meist nur wenige DM betragenden Kaufpreises unerheblich sei und so keine Lücke darstelle.²⁴⁰⁾ Wenn man aber mit der vP ernstmachen will, so muß eine dreiprozentige Preisermäßigung bereits als Lücke angesehen werden. Denn ein Nachlaß von 3 Pfg. auf 1,- DM Verkaufspreis wird bei den Gütern des Massenkonsums, die alljährlich eingekauft werden müssen, von den Käufern bereits als erheblicher Vorteil gewertet. In der Praxis läßt es sich leicht beobachten, wie die Hausfrauen die billigste Bezugsquelle selbst nach Pfennigbeträgen aussuchen. Derartige geringe Preisunterschiede vermögen bereits die Käuferschaft in bestimmte Geschäfte zu locken.

Bei der Gewährung von Barzahlungsrabatt beim Bar- oder Anschreibekauf ist also die versteckte Preisherabsetzung so erheblich, daß andere Händler, die an den gebundenen Preisen festhalten und keinen Rabatt gewähren, im Wettbewerb den Verlust von Kunden empfindlich spüren. Man kann nun nicht argumentieren, daß diese unterschiedliche Wettbewerbslage keine Lücken bedinge, sondern allen Händlern zuzumuten sei, weil sie selbst jederzeit alle Rabatt

240) Dies Argument deutet Völz in WRP 1958, S. 359 unter Berufung auf das RG an. In dem von ihm angezogenen Urteil hat das RG aber diesen Gedanken nicht ausgesprochen. Vgl. weiter Baumbach-Hefermehl, zu § 1 UWG, Anm. 285, b. und neuerdings Völz in MA 1960, S. 614 ff (620).

gewähren könnten. Zwar kommt es in diesem Zusammenhang nicht darauf an, daß gewisse Händler wegen wirtschaftlich schwacher Position die Rabattgabe tatsächlich nicht finanzieren können, denn gegen die Ausnutzung der stärkeren Stellung im Wettbewerb ist kartellrechtlich nichts einzuwenden. Entscheidend ist vielmehr, daß rechtlich nicht alle Händler Rabatt ankündigen und gewähren dürfen. § 6 RabG verbietet bestimmten Geschäften, u. a. Warenhäusern, die Gewährung von Barzahlungsrabatten. Alle geringwertigen Markenartikel des Massenkonsums werden in der Regel von diesen Geschäften geführt, so daß ein recht beträchtlicher Teil der Gesamtumsatzmenge derartigen Markenartikel nicht rabattiert werden darf.

Es zeigt sich also, daß die Gewährung von Barzahlungsrabatten den "bestimmten Preis" i. S. von § 16 GWB aufheben und das Preisbindungssystem lückenhaft machen würde.

Auch aus der Entstehungsgeschichte des GWB geht hervor, daß die Gewährung von 3% Barzahlungsnachlaß zumindest in Teilen der Gesetzgebungsorgane als Durchbrechung des Preisbindungssystems angesehen wurde. Der Wirtschaftspolitische Ausschuß des Bundestages hatte in erster Lesung des Entwurfs zum GWB den § 11 (jetzt § 16 GWB) formuliert: ²⁴¹⁾

" I. § 10 gilt nicht, soweit

1. ein Unternehmen die Abnehmer seiner Markenwaren, die mit gleichartigen Waren anderer Hersteller oder Händler in Wettbewerb stehen, oder

2. ein Verlagsunternehmen die Abnehmer seiner Verlagszeugnisse rechtlich oder wirtschaftlich bindet, bei der Weiterveräußerung bestimmte Preise zu vereinbaren oder ihren Abnehmern die gleiche Bindung bis zur Weiterveräußerung an den letzten Verbraucher aufzuerlegen. Die Gewährung von Barzahlungsnachlässen gemäß § 2 des Gesetzes über Preisnachlässe vom 25.11.1933 darf durch derartige Bindungen nicht ausgeschlossen werden. ²⁴²⁾

241) Protokoll der 106. Sitzung des Wirtschaftspol. Ausschusses vom 23. 3. 56. Text des angenommenen Formulierungsvorschlags abgedruckt in WRP 1056, S. 174.

242) Dieser Satz steht zwar in Ziffer 2, wo die vP bezüglich der Verlags-

- II.
- III.
- IV."

In der endgültigen Formulierung des § 11 hat der Wirtschaftspolitische Ausschuß jedoch den die Gewährung von Barzahlungsnachlässen betreffenden Satz in Abs.I Ziff. 2 wieder gestrichen. Das geschah, nachdem im Ausschuß vorgetragen worden war, daß durch Zulassung eines Barzahlungsrabatts das lückenlose System der Preisbindung durchbrochen und aufgeweicht werde.²⁴³⁾

Diese Auffassung im Wirtschaftspolitischen Ausschuß kann zwar nicht allein zu dem Ergebnis führen, daß die Gewährung von Barzahlungsrabatt eine Durchbrechung der Lückenlosigkeit einer vP darstellt und vom Gesetzgeber so verstanden wurde.²⁴⁴⁾ In der zum Gesetz gewordenen Fassung des § 16 GWB ist nicht positiv festgelegt worden, wann eine vP als lückenhaft anzusehen ist. Insoweit vermag die Ausschußmeinung allein das Gesetz nicht zu ergänzen und auszulegen. Sie kann aber als Auffassung eines mit der Materie vertrauten Gremiums mit einigem Gewicht im Meinungsstreit angeführt werden.

Die Gewährung von Barzahlungsnachlaß beim Bar- und Anschreibekauf preisgebundener Markenwaren stellt also ein Abgehen vom bestimmten Festpreis dar und macht das Preisbindungssystem lückenhaft. Die vP läßt sich lückenlos nur halten, wenn eine derartige Rabattgabe ausgeschlossen ist. Dies braucht nicht ausdrücklich im Vertrag zu geschehen. Vielmehr genügt die Vereinbarung einer vP und die Festlegung bestimmter Wiederverkaufspreise durch den Hersteller der Markenartikel. Damit ist jede Preisermäßigung untersagt, welche die Bestimmtheit des gebundenen Preises aufhebt. Als solche ist auch die Gewährung von Barabatt beim Bar- oder Anschreibekauf automatisch verboten; der rabattgewährende Händler verstößt gegen den Preisbindungsvertrag. Jedoch empfiehlt es sich für den Preisbinde, ausdrücklich im Vertrag auf diese Rechts-

Forts.d.Anm. 242)

erzeugnisse geregelt ist. Er soll aber nach dem Aufbau des Abs.I erkennbar für alle vP nach § 11 gelten. So auch Michel-Weber-Gries, § 1 Anm. 58; a. A. v. Godin-Hoth, § 1 UWG, Anm. 17a) a. E.

243) Protokoll der 156. Sitzung des Wirtschaftspol. Ausschusses vom 6.2.57 (zit. nach Kirschstein, WuW 1959, S. 236 Anm. 8).

244) Dazu nimmt das BKA in WuW 1960, S. 742 eingehend Stellung,

lage hinzuweisen, um unbeabsichtigte Durchbrechungen des Preisbindungssystems von vornherein zu unterbinden.

Zu untersuchen bleibt, ob der Preisbinder nicht ausdrücklich im Vertrag die Gewährung von Barzahlungsrabatt auf seine Erzeugnisse gestatten kann. Das würde sich empfehlen als Entgegenkommen gegenüber Händlern, die auf ihr gesamtes Sortiment Rabatt anpreisen und gewähren wollen.

Jedoch würde damit der Markeninhaber selbst die Lückenhaftigkeit seines Preisbindungssystems herbeiführen. Auch in diesem Fall ausdrücklicher Gestattung bleibt die Rabattgabe eine versteckte Preisermäßigung, weil die Erlaubnis die Wertung der Verbraucher nicht beeinflusst. Auch hier können selbst bei genereller Freistellung durch den Hersteller nicht alle den preisgebundenen Artikel vertreibenden Händler Rabatt gewähren. Den in § 6 RabG aufgeführten Geschäften kann der Preisbinder ein Abgehen vom Festpreis mittels Rabattgabe nicht wirksam erlauben. Das gesetzliche Verbot ist stärker als eine vertragliche Vereinbarung.²⁴⁵⁾

Gegenüber dieser Argumentation kann sich das Bedenken erheben, ob sie für die Markenartikel paßt, die einwandfrei nicht von den in § 6 RabG genannten Geschäften geführt werden. Bei dem umfangreichen Sortiment an geringwertigen Waren des täglichen Bedarfs und im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. II GWB kommen als solche Markenartikel, welche die in § 6 RabG aufgezählten Geschäfte nicht führen und nicht führen wollen, jedoch nur hochwertige Erzeugnisse (z. B. Automobile, technische Apparate, Maschinen usw.) in Betracht, für die ein Spezialhandel eingerichtet ist. Derartige Markenwaren werden aber stets auf der Basis des

Forts. d. Anm. 244

vgl. auch KG in WuW 1961, S. 428 ff (431) und Müller-Gries in WRP 1961, S. 176 f.

245) In diesem Zusammenhang ist neben den §§ 15, 16 GWB auch das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. II GWB zu beachten.

Kreditverkaufs gehandelt, so daß ein dabei gewährter Barzahlungsrabatt die Funktion eines Skontos hat ^{245a)} und nach § 16 GWB nicht gebunden werden kann. ^{245b)} Die Frage, ob der Preisbinder die Gewährung von Barzahlungsrabatt ausdrücklich gestatten kann, wird bei derartigen Artikeln also garnicht bedeutsam. Bei den geringwertigen Waren des täglichen Bedarfs, die auch im Sortiment der Warenhäuser geführt werden, steht § 6 RabG aber einer gleichmäßigen Gestattung der Rabattgewährung durch den Preisbinder entgegen. Das Preisbindungssystem wird lückenhaft, wenn der Hersteller in dieser Situation die Preisermäßigung durch Rabattgabe generell erlaubt.

Man kann eine solche ausdrückliche Gestattung der Rabattgewährung auch nicht als Mindest- und Höchstpreisbindung ²⁴⁶⁾ ansehen, bei der die Lückenlosigkeit gewahrt ist, wenn alle Verkäufer die festgesetzten Preisgrenzen beachten. Denn eine derartige Preisbindung setzt ebenfalls voraus, daß alle Händler lediglich zur Einhaltung der Höchst- und Mindestpreise verpflichtet sind und innerhalb der Grenzen die Preise frei variieren können. Den in § 6 RabG genannten Geschäften ist aber ein Abgehen vom Festpreis (hier wäre das der Höchstpreis) nicht möglich. Eine Einführung teilweiser Festpreis- und Preisgrenzenbindung ist nicht möglich.

Der Hersteller von Markenartikeln kann also den Händlern die Gewährung von Barzahlungsrabatt nicht gestatten, wenn sein Preisbindungssystem erfolgreich aufrechterhalten werden soll.

- 4) Die Erkenntnis, daß es für den Verkäufer preisgebundener Markenware ohne Verstoß gegen die Preisbindungsabrede nicht möglich ist, Barzahlungsrabatt bis zu 3% bei Bar- und Anschreibekäufen zu gewähren, scheint mit dem Rabattgesetz nicht vereinbar zu sein. Denn in den

245a) S.o.S. 111 ff.

245b) S.o.S. 30 f.

246) Dabei würde der gebundene Preis den Höchstpreis und der um 3% Rabatt verminderte gebundene Preis den Mindestpreis darstellen.

§§ 2 - 4 RabG ist die Gewährung von Barzahlungsnachlässen ausdrücklich als zulässige Wettbewerbsmaßnahme anerkannt worden. Bei der Wertung des Gesetzeszwecks und der beteiligten Interessen zeigt sich jedoch, daß die positive Regelung im Rabattgesetz bei der vP zurückstehen muß.

Nach der Amtlichen Begründung zum Rabattgesetz wurden Barzahlungsnachlässe erlaubt, um das Borgen der Kundschaft mit seinen Ausfällen zu unterbinden und die Käufer zur Barzahlung anzureizen.²⁴⁷⁾ Da heute unabhängig von der Einführung eines Barrabatts allgemein sofortige Barzahlung beim Kauf geringwertiger Gegenstände des alltäglichen Bedarfs üblich ist,²⁴⁸⁾ können die Barzahlungsnachlässe diesen gesetzlichen Zweck nicht mehr erfüllen. Heute wird Barzahlungsrabatt gewährt, weil er als zusätzliches Werbemittel zur Steigerung des Umsatzes beiträgt. Damit wird der Barabbatt in der Gegenwart nicht mehr durch den Zweck des Rabattgesetzes gerechtfertigt.

Man kann auch bei der heutigen Bewertung des Barzahlungsrabatts durch die Käuferschaft nicht dafür eintreten, daß die Erlaubnis der Rabattgabe in den § 2 ff RabG den Vorrang vor § 16 GWB haben muß, weil auf diese Weise ein gewisser "Rest von Preiswettbewerb" erhalten bleiben soll, um Nebenleistungen des Händlers (günstige Lage für den Kunden, freundliche Bedienung, angenehme Verpackung) angemessen prämiieren zu können.^{248a)} Die Verbraucher suchen heute gerade ohne Rücksicht auf günstige Lage oder die anderen Annehmlichkeiten die Läden auf, in denen Rabatt gewährt wird. Mit dem Rest von Preiswettbewerb durch Rabattgabe können unterschiedliche Nebenleistungen der einzelnen Händler praktisch also nicht ausgeglichen werden.

Auch ein Vergleich der Hersteller- und Händlerinteressen ergibt, daß die gesetzliche Regelung des Rabattgesetzes nicht allen wirtschaftlichen Erwägungen zwingend vorgehen darf. Wie oben festgestellt, läßt

247) Begründung zu § 2 RabG in Reichsanzeiger Nr. 284 vom 5. Dez. 1933 (abgedruckt bei Michel-Weber-Gries, Anhang V, S. 183).

248) Bei Selbstbedienungsläden ist Borgen gar nicht mehr vorstellbar.

248a) Diesen Standpunkt vertritt Fikentscher in "Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz", S. 288/289.

sich ein Preisbindungssystem nur durch den Ausschluß der Gewährung von Barzahlungsrabatt aufrechterhalten. Daran ist der Hersteller erheblich interessiert. Oft ist die vP für die Erhaltung der Marktposition von Markenartikel-Herstellern außerordentlich bedeutsam. Der Händler dagegen will nur Rabatt gewähren, um seinen Absatz zu steigern. Er ist nicht auf die Einrichtung eines Rabattsystems angewiesen, um wirtschaftlich bestehen zu können. So lehnen viele Einzelhändler ohne Schaden für ihr Geschäft die Rabattgewährung auf ihr Sortiment oder auf einzelne Waren ab. Die Händler sind auch nicht zur Einführung eines Rabattsystems verpflichtet, denn das Rabattgesetz gibt dem Kunden keinen Anspruch auf Barzahlungsrabatt.²⁴⁹⁾

Schließlich profitiert der Händler auch vom Verkauf der preisgebundenen Ware. Er könnte keinen Gewinn aus dem Vertrieb des Markenartikels ziehen, wenn dieser Artikel nicht vom Preisbinder auf den Markt gebracht würde. Der Preisbinder aber kann seine Marktposition nur schwer verteidigen, wenn die Rabattgewährung seine vP lückenhaft macht und sich das Preisbindungssystem nicht aufrechterhalten läßt. Daher ist es den Händlern zuzumuten, auf diese Lage des Lieferanten Rücksicht zu nehmen und keinen Rabatt zu gewähren. Er kann ja auf die nicht preisgebundenen Waren in seinem Sortiment weiterhin Rabatt ankündigen und so das Werbemoment der Rabattgewährung ausnutzen.

Die Interessen von Hersteller und Händler sind verschieden zu bewerten. Der Händler will durch die Rabattankündigung und -gewährung lediglich Kunden anlocken, indem er den Barzahlungsrabatt als Werbemittel einsetzt. Dabei ist zu beachten, daß dem Handel mannigfache Werbemöglichkeiten zur Verfügung stehen, er also nicht auf den Barzahlungsrabatt allein angewiesen ist. Der Hersteller dagegen will durch Erhaltung der Lückenlosigkeit seines Preisbindungssystems wirtschaftliche Nachteile für den Wert seiner Marke und damit für seine Marktstellung vermeiden. Diese lebenswichtigen Interessen des Herstellers müssen höher bewertet werden als die ungleich geringeren Interessen der Händler, zumal diese Wiederverkäufer von der Leistung des Preisbinders profitieren

249) v. Godin-Hoth § 2 RabG, Anm. 5; Baumbach-Hefermehl, zu § 2 RabG, Anm. 3.

und daher an der Stärke von dessen Unternehmen selbst interessiert sein müssen. § 16 GWB ist insoweit gegenüber den §§ 2 ff RabG als die stärkere Vorschrift anzusehen.

V. Ergebnis der Untersuchung

Bei den nach dem Rabattgesetz zulässigen Barzahlungsrabatten muß unterschieden werden, ob sie als Vergütung für vorzeitige Zahlung beim Kreditkauf oder als versteckte Preisermäßigung beim Bar- und Anschreibekauf zu betrachten sind.

Die als Skonto beim Kreditkauf hochwertiger Gegenstände gewährten Barrabatte sind reine Zahlungsmodalität des kaufmännischen Zahlungsverkehrs. Sie gefährden nicht die Bestimmtheit der festgesetzten Wiederverkaufspreise und machen das Preisbindungssystem nicht lückenhaft. Somit besteht kein Anlaß, dem Preisbinder die Bindung derartiger Barrabatte gemäß § 16 GWB zu gestatten.

Die als Preisermäßigung zu betrachtenden Barrabatte bei den Bar- und Anschreibekäufen des täglichen Bedarfs verändern dagegen den bestimmten Preis und durchbrechen die Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems. Sie sind daher nach § 16 GWB bindungsfähig. Bereits mit der Festsetzung der gebundenen Wiederverkaufspreise ist ihre Gewährung verboten, ohne daß dies im Preisbindungsvertrag bestimmt zu sein braucht. Der preisbindende Markeninhaber kann auch wegen § 6 RabG die Gewährung von Barrabatt nicht ausdrücklich gestatten, ohne sein Bindungssystem zu gefährden. Die §§ 2 ff RabG stehen diesem Ergebnis nicht entgegen. Sie müssen hinter § 16 GWB zurücktreten.

§ 7: Die Behandlung der Preisspaltung im Rahmen einer vP

- I. Problematisch ist auch die kartellrechtliche Behandlung einer vP mit gespaltenen Preisen. Vor allem erhebt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche vP nach § 17 Abs. I, Ziff. 2 oder Ziff. 3 GWB beanstandet werden kann.²⁵⁰⁾

In der Praxis können gesplattene Preise bei vP in verschiedenen Formen vorkommen.²⁵¹⁾ In bestimmten Branchen ist zu beobachten, daß preisgebundene Markenartikel zu regional gestaffelten Preisen vertrieben werden (Zonenpreise). Auch sind ohne direkte Preisstaffelung regional unterschiedliche Preise zu finden. In diesen Fällen wird vorausgesetzt, daß der Markenartikel ausschließlich unter seiner Marke vertrieben wird und die unterschiedlichen Preise jeweils in Preisbindungsverträgen festgesetzt sind. Der Fall, daß ein Hersteller sein Erzeugnis unter seiner Marke teils zu gebundenen, teils zu freien Preisen vertreibt, soll hier unberücksichtigt bleiben. Ein Beispiel für diese Verkaufsform bietet der Vertrieb von Markenspirituosen oder -sekt in Ladengeschäften und Lokalen. Für den Ladenverkauf (und für den Verkauf in Gaststätten außer Haus) sind die Preise für diese Getränke vertikal gebunden. Beim Verkauf zu sofortigem Verzehr darf der Lokalinhaber dagegen seine Preise völlig frei berechnen, er ist in der Preisgestaltung vom Hersteller der Markenwaren nicht gebunden.²⁵²⁾ Man kann bei einem solchen Vertrieb eines Artikels unter der Marke zu teilweise gebundenen, teilweise freien Preisen zwar

250) An sich wäre richtig § 17, Abs. 1 Satz 1 Ziff. 2 oder 3 GWB zu zitieren, weil die Ziffern 2 und 3 im ersten Satz des Abs. 1 von § 17 GWB stehen. Die hier angewendete Zitierweise ist aber allgemein gebräuchlich.

251) Dabei wird unter Preisspaltung nur die unterschiedliche Preisstellung auf derselben Handelsstufe verstanden. Die Fälle, daß Mitglieder verschiedener Handelsstufen zu unterschiedlichen Preisen beliefert werden (z. B. bei sog. Direktverkäufen), sollen unberücksichtigt bleiben.

252) Der Lokalinhaber muß sich nur gelegentlich, z. B. beim Bezug von Branntwein in Literflaschen, in Reversen verpflichten, dies Erzeugnis ausschließlich an Gäste seines Lokals zu verkaufen. Ein Verkauf über die Theke ist ihm dadurch untersagt. Die Preisfreiheit der Wirte wird aber durch solche Reversverpflichtungen nicht eingeschränkt.

begrifflich auch von Preisspaltung sprechen. Materiell handelt es sich dabei aber um einen Fall der bewußt lückenhaft gehaltenen Preisbindung. Seine kartellrechtliche Problematik wird unten besonders untersucht.²⁵³⁾

Der Fall des zweispurigen Verkaufs von Markenartikeln wird dagegen allgemein in den Bereich der Preisspaltung eingeordnet.²⁵⁴⁾ Es handelt sich dabei um eine Verkaufsmethode, bei der Waren aus derselben Produktion teilweise als Markenartikel zu gebundenen Festpreisen und teilweise ohne Marke zu wesentlich niedrigeren freien Preisen angeboten werden. Dabei kann in der Praxis die vP so ausgestaltet sein, daß alle vom Hersteller belieferten Händler sowohl die markierte als auch die markenlose Ausführung erhalten und nebeneinander zu unterschiedlichen Preisen anbieten können. Der Hersteller kann aber auch markierte und markenlose Ware derselben Produktion auf völlig voneinander getrennten Absatzwegen zum Verkauf bringen, so daß die beiden Ausführungen derselben Ware in keinem Geschäft nebeneinander geführt werden.²⁵⁵⁾

Die Preisspaltung muß sich immer auf einen bestimmten Artikel, nicht auf die gesamte Produktion eines Herstellers beziehen. Wenn ein Hersteller nur für einzelne Artikel seines Produktionssortiments die vP einführt und die gebundenen und freien Artikel sich klar voneinander abgrenzen lassen (z.B. preisgebundene Elektroherde - preisfreie Bügeleisen), so kann man nicht von Preisspaltung sprechen. Wirtschaftlich muß dieser Fall so angesehen werden, als ob zwei Hersteller tätig wären, von denen der eine die preisgebundenen, der andere die preisfreien Artikel herstellt.

Im folgenden soll untersucht werden, welche Bedeutung die dargestellten Formen von Preisspaltung für die Beurteilung einer vP nach § 17 Abs. 1 GWB besitzen. Die vP mit gespaltenen Preisen ist vor allem daraufhin zu prüfen, ob sie mißbräuchlich gehandhabt wird (§ 17

253) unten § 8, S. 182 ff.

254) So prüft das BKA ausdrücklich diesen Fall des zweigleisigen Vertriebs unter dem Gesichtspunkt der Preisspaltung (Tätigkeitsbericht 1959 in BT-Drucks., 3. Wahlp., Nr. 1795, S. 38 links).

255) Der dritte Fall, daß nur bestimmte Händler beide Warensorten führen, während die übrigen Händler nur jeweils mit markierter oder markenloser Ware derselben Produktion beliefert werden, stellt eine Kombination der beiden im Text dargestellten Modellfälle dar und soll daher nicht besonders berücksichtigt werden.

Abs. I Ziff. 2) oder ob sie das Sinken ungerechtfertigt überhöhter Preise verhindert (§ 17 Abs. I, Ziff. 3).

- II. 1) Wenn ein preisgebundener Markenartikel unter seiner Marke auf der selben Handelsstufe zu verschiedenen Preisen angeboten wird, so kann das in verschiedener Form geschehen und jeweils besondere Gründe haben. In der Praxis fallen in diesem Zusammenhang besonders die "Zonenpreise" auf. Bei Dieselmotorkraftstoff und Petroleum werden die gebundenen Markenpreise innerhalb der Bundesrepublik nach Zonen gestaffelt.²⁵⁶⁾ Vom Standort der Raffinerien (Hamburg, Ruhrgebiet) ausgehend sind bei Dieselmotorkraftstoff sechs und bei Petroleum vier Zonen geschaffen worden, deren Grenzen nach Verkehrs- und Transportgesichtspunkten festgelegt wurden. Von Zone 1 (um Hamburg) bis Zone 6 (Bayern und Südbaden) erhöhen sich die Verbraucherpreise um geringe Beträge, so bei Dieselmotorkraftstoff um 0,50 Pf. pro Liter je Zone. Auch in der Zementindustrie gibt es für bestimmte Zementsorten solche Zonenpreise, wobei die Zonen von den Produktionsgebieten Hamburg und Ostwestfalen (Beckum-Geseke) ausgehen. Die bezirksweise Staffelung der Verkaufspreise hängt in diesen Fällen mit den Transportkosten zusammen, die sich entsprechend der Entfernung vom Produktionsort erhöhen und auch durch den unterschiedlichen Ausbau des Verkehrsnetzes beeinflusst werden.

Die unterschiedlichen Regionalpreise können aber auch auf anderen Ursachen beruhen. So kann die regionale Verschiedenheit der Selbstkosten bei mehreren Produktionsstätten, vor allem örtlich verschiedene Personal- und Materialkosten, zu unterschiedlichen Preisen nötigen. Das Festhalten örtlich begrenzter Konkurrenz an bestimmten Preisen kann den Hersteller dazu anhalten, Teile seines Vertriebsgebietes von einer bei ihm durchgeführten Preiserhöhung auszunehmen, um dort die Kundschaft zu halten. Schließlich kann ein Hersteller die Preise in einem Teil seines Absatzgebietes bewußt niedrig halten, um eine dort ansässige wirtschaftlich schwache Konkurrenzfirma auszuschalten.²⁵⁷⁾

256) Für Normalbenzin und Super wurden die Zonenpreise in der Bundesrepublik im Frühjahr 1960 einheitlich aufgehoben, Anfang Mai 1961 jedoch z. T. wieder eingeführt.

257) Diese Beispiele bringen Löffler-Thümmel in BB 1957 S. 1094 unter I.

2. Bevor untersucht werden kann, ob die unterschiedliche Preisstellung in diesen Fällen eine mißbräuchliche Handhabung der vP i. S. des § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB darstellt, muß entschieden werden, ob überhaupt der Tatbestand des § 16 GWB, der die Vereinbarung "bestimmter Wiederverkaufspreise" fordert, erfüllt ist. Bei Verneinung dieser Vorfrage wäre die vP bereits nach § 17 Abs. I, Ziff. 1 GWB zu beanstanden.

Formell sind die regional unterschiedlichen Preise für denselben Artikel hinreichend bestimmt, selbst wenn man mit dem Bundeskartellamt Festpreise fordert. Aus den einzelnen Preisbindungsvereinbarungen ergibt sich eindeutig der nominelle Geldbetrag des festgesetzten Wiederverkaufspreises; es werden Festpreise vom Preisbinder vorgeschrieben.

Materiell darf aus der Wortfassung "bestimmte Preise" nicht geschlossen werden, daß im ganzen Vertriebsgebiet gleichmäßig ein Einheitspreis für den gebundenen Markenartikel festgesetzt sein muß. Allerdings wird im Regelfall unter vertikaler Preisbindung die Festlegung einheitlicher Preise verstanden. § 16 GWB will aber durch Zulassung der vP gerade den Markenwert und die Marktposition des Markeninhabers sichern. Daher muß es § 16 GWB dem Preisbinder auch gestatten, in gewissen Situationen unterschiedliche Preise festzusetzen, um den optimalen Absatz der Ware und damit gleichzeitig den Wert der Marke zu erhalten. Die Abweichungen vom Festpreis dürfen so weit gehen, wie sie zur Sicherung des Markenwerts erforderlich sind. Nur so kann der Zweck des § 16 GWB in der Praxis erreicht werden.

Nun ist allerdings bei einer Auslegung von Bestimmungen des GWB Sinn und Zweck dieses Gesetzes zu beachten. Das gilt vor allem, wenn die Ausnahmenvorschrift des § 16 GWB wie hier extensiv ausgelegt wird. Nach der Amtlichen Begründung soll das GWB die wirtschaftliche Macht dort beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnende Tendenz zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt.²⁵⁸⁾

258) Amtliche Begründung zum Entwurf eines GWB in BT-Drucks., 1. Wahlp., Nr. 3462, S. 15 unter A I.

Die Tendenz zur Leistungssteigerung wohnt hauptsächlich dem Hersteller-Wettbewerb inne. Der Wettbewerb auf der Erzeugerstufe wird durch vP aber überhaupt nicht beeinträchtigt. Eine Einschränkung des Preiswettbewerbs auf der Händlerstufe hat der Gesetzgeber in § 16 GWB ausdrücklich zugelassen und insoweit den Hauptzweck des GWB bewußt mißachtet. Bei regional unterschiedlichen Preisen besteht innerhalb der Preisbezirke die gleiche Wettbewerbslage für alle Händler wie bei generell einheitlichem Preis. An den Grenzen der Zonen wird ein "Grenzverkehr" der Kunden von der teureren zur billigeren Zone wirtschaftlich nicht ins Gewicht fallen, weil die geringen Preisdifferenzen selbst kurze Einkaufsreisen nicht lohnen. Kein Preisbinder wird die regional verschiedenen Preise gerade zu dem Zweck abstufen, solchen Grenzverkehr zu schnaffen oder zu fördern. Denn der Absatz seiner Erzeugnisse ist der gleiche, wenn überall einheitliche Preise gefordert werden und diese eine mittlere Höhe einhalten oder wenn die Preise regional gestaffelt sind und daher in der einen Zone über, in der anderen unter dem - theoretisch zu berechnenden - Durchschnittspreis liegen. Durch regional gespaltene Preise wird also der Wettbewerb nicht mehr eingeschränkt als durch einheitliche Festpreisbindung, deren Zulässigkeit nach § 16 GWB nicht zu bezweifeln ist. Die bestmögliche Versorgung der Verbraucher wird auch nicht gefährdet. Denn da innerhalb der Gebiete mit gleichem Preis der Preiswettbewerb der Händler ausgeschlossen ist und die Preisunterschiede keine spürbare Konkurrenz zwischen Händlern der verschiedenen Gebiete hervorrufen, wird sich kein Händler gegen den Vertrieb der Ware mit gespaltene Preisen wehren. Somit läßt sich das Vertriebsnetz genau so dicht aufbauen, wie bei einheitlicher Festpreisbindung. Es führt auch nicht zu einer schlechteren Versorgung der Verbraucher, wenn in bestimmten Gebieten höhere Preise für den Artikel zu zahlen sind als anderswo. Der Preisbinder könnte ja nach § 16 GWB überall diesen hohen Preis einheitlich festsetzen.

Aus alledem ergibt sich, daß die regional gestalteten Preise nicht gegen den Sinn und Zweck des GWB verstoßen. Daher spricht nichts dagegen, nach dem Zweck des § 16 GWB bei einer vP trotz regional unterschiedlicher Preise die erforderliche "Bestimmtheit" der gebundenen Preise anzunehmen.²⁵⁹⁾

259) Im übrigen wird oben in § 1 (S. 90 ff) sogar die Bindung von Preisgrenzen im Hinblick auf die "Bestimmtheit" der Preise für zulässig gehalten.

Im Rahmen des § 16 GWB ist also neben der vertikalen Bindung einheitlicher Festpreise auch eine unterschiedliche Festpreisbindung erlaubt.²⁶⁰⁾

3. Eine vP kann nach § 17 Abs. I Ziff. 2 GWB beanstandet werden, wenn sie mißbräuchlich gehandhabt wird. Der Begriff des Mißbrauchs setzt dabei wie im übrigen Recht kein Verschulden voraus, sondern ist rein objektiv zu bestimmen.²⁶¹⁾

In der Rechtslehre wird eine regionale Preisspaltung für zulässig gehalten, wenn die Differenzierung der gebundenen Preise sachlich gerechtfertigt sei. Eine willkürliche Spaltung wird dagegen als mißbräuchliche Handhabung der vP i. S. des § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB angesehen.²⁶²⁾ Dieser Meinung ist zuzustimmen. Daß nicht jede Preisspaltung generell als mißbräuchliche Handhabung der vP angesehen werden kann, ergibt bereits der Zweck des § 16 GWB. Hauptgrund für die gesetzliche Anerkennung einer vP bei Markenartikeln war Erhaltung des Wertes einer anerkannten Marke. Zur Erhaltung des Markenwertes und der Position des Markeninhabers tragen in erster Linie die optimale Gestaltung des Absatzes und ein möglichst großes Vertriebsgebiet bei.²⁶³⁾ Nun ist ein Markenartikel-Hersteller häufig genötigt, verschiedene Preisgruppen für sein Erzeugnis festzulegen, um den Absatz und die Ausdehnung des Marktes für seine Ware optimal zu gestalten, z.B. bei regional begrenzter billiger Konkurrenz oder beim Vertrieb in Gaststätten, der zu den im Laden geforderten niedrigen Preisen von jedem Lokalinhaber abgelehnt würde. Die Preisspaltung als Maßnahme zur Erhaltung des Markenwerts kann hier nicht eine mißbräuchliche Handhabung der vP dar-

Forts. d. Anm. 159

ten, um regionale Besonderheiten beim Absatz der Markenware berücksichtigen zu können. Als demgegenüber geringere Abweichung vom einheitlichen Festpreis muß der regional unterschiedliche Festpreis dann auch nach § 16 GWB als "bestimmter" Preis genügen.

- 260) Eingehend dazu weiter Löffler-Thümmel in BB 1957, S. 1094 ff (unter II, 3).
- 261) Schwartz in M-H-S, § 17, vor Anm. 5(B); Baumbach-Hefermehl, zu § 17 GWB, Anm. 4.
- 262) Frankf. Komm., Anhang 1 zu § 16, Anm. 7; Baumbach-Hefermehl, zu § 16 GWB, Anm. 35; zu § 1 UWG Anm. 284; Franzen-Boekle in BB 1958, S. 104 unter III, 1d.

stellen, weil die vP bei Markenartikeln doch in § 16 GWB gerade zu diesem Zweck zugelassen worden ist.

Andererseits kann nicht jede beliebig motivierte Differenzierung der gebundenen Preise hingenommen werden. Sonst verlöre die Bindung einheitlicher Festpreise ihre Position als Haupt- und Normalfall der vP. Die Grenze ist so zu ziehen, daß allein Preisspaltungen, die erforderlich sind, um den Absatz der Markenware nicht zu gefährden, als sachlich gerechtfertigt nicht zur mißbräuchlichen Handhabung der vP führen. Alle anderen Preisdifferenzierungen, die nicht den Schutz des Markenwerts bezwecken, stellen dagegen einen Mißbrauch der vP dar. Auch diese Preisunterschiede werden in den wenigsten Fällen willkürlich eingeführt, vielmehr haben auch sie regelmäßig ein Motiv. Denn grundlos geht kein vernünftiger Preisbinder von einheitlichen Festpreisen ab. So kann z.B. mit einer Preisspaltung bezweckt sein, durch Preisunterbietung eine regionale, wirtschaftlich schwache Konkurrenz auszuschalten. Die vP soll aber nicht dazu benutzt werden, um einen wirtschaftlichen Erfolg herbeizuführen, der mit dem Schutzzweck des § 16 GWB nichts zu tun hat. Die vP darf vor allem nicht im wirtschaftlichen Machtkampf als Angriffsmittel dienen, sondern lediglich zur passiven Erhaltung der erkämpften Marktposition. Andernfalls wird sie mißbräuchlich gehandhabt. Selbst wenn das Motiv der Preisspaltung nicht verwerflich ist, kann eine vP mißbraucht, d.h. nicht in der vom Gesetz vorgesehenen Weise und zur Erfüllung der ihr gesetzlich zugewiesenen Aufgabe gebraucht werden.

Wenn nur solche Preisspaltungen, die dem Schutz des Markenartikels dienen, als sachlich gerechtfertigt angesehen werden, behält die vP mit gespaltenen Preisen auch den ihr zukommenden Ausnahmecharakter.

Ob eine Preisspaltung in diesem Sinne sachlich gerechtfertigt ist, kann nur für den konkreten Einzelfall entschieden werden, indem der Grund für die Preisdifferenzierung erforscht und nach den herausgestellten Gesichtspunkten bewertet wird.

- a) Die nach der Entfernung vom Produktionsort gestaffelten Zonenpreise in der Mineralöl- und Zementindustrie hängen mit den unterschiedlichen Frachtkosten zusammen. Ein Transport von Hamburg in den Bay-

263) Man spricht in diesem Zusammenhang von der Bedeutung der "Überallerhältlichkeit" eines Markenartikels.

rischen Wald ist teurer als nach Schleswig-Holstein. Kraftstoff und Zement werden in der Bundesrepublik zu Franko-Stationenpreisen, durch die überwiegende Verwendung von Lastkraftwagen als Transportmittel sogar zu Franko-Tankstellen- bzw. Franko-Baustellenpreisen verkauft. Daher finden die unterschiedlichen Transportkosten, die der Preisbinder tragen muß, im Preis Ausdruck. Diese mit der Entfernung vom Produktionsort wachsenden und von der Art des Verkehrsnetzes (Eisenbahn-Fernstraßen-Flußläufe oder Kanäle) beeinflussten Frachtkosten bieten einen sachlichen Grund für die differenzierte Festlegung von Zonenpreisen.²⁶⁴⁾ Der Hersteller könnte zwar die anfallenden Transportkosten auf den Gesamtabsatz verrechnen und einen entsprechend erhöhten einheitlichen Festpreis kalkulieren, wie es beim Benzin seit Wegfall der Preiszonen geschieht. Diese Möglichkeit kann aber nicht dazu führen, die auf unterschiedlichen Transportkosten beruhenden Zonenpreise in ihrer Differenzierung für unzulässig zu halten. Oft wird gerade im Küstengebiet und am Rhein regional eng begrenzte Konkurrenz den deutschen Hersteller zu niedrigen Preisen zwingen, so daß er aus Absatzgesichtspunkten die Preiszonen einem Durchschnittspreis vorziehen wird. Die Interessen der Verbraucherschaft fordern auch keinen Einheitspreis. Der einheitliche Durchschnittspreis ist den Bewohnern der teuren Zonen lieber, der Zonenpreis den Bewohnern der billigen Zonen. Keiner der möglichen Preisgestaltungen kann also alle Verbraucher gleichmäßig befriedigen. Warum soll nicht der Bewohner der vom Produktionsort schwer zu erreichenden Gegend gewisse Nachteile in Kauf nehmen, wenn sein Wohnort doch sicher auch gewisse Vorzüge aufweist? Würde der Produzent einheitliche Durchschnittspreise festlegen, so könnte er in der Nähe seines Produktionsortes von den dort ansässigen Konkurrenzfirmen mit kleinem Vertriebsgebiet leicht unterboten werden; der Absatz seiner Markenware wäre gefährdet. Dazu kommt, daß es auch bei einer vP erlaubt ist, neben dem einheitlich festgesetzten Preis besondere Transportkosten zu berechnen und entsprechende Verkaufsbedingungen zu vereinbaren. Dann kann gegen eine Berücksichtigung der Frachtkosten im gebundenen Preis auch nichts eingewendet werden.

Gegen die Zonenpreise läßt sich auch nicht anführen, daß die Zonen in der Praxis zu schematisch gewählt worden seien. Zwar stimmen

264) So ausdrücklich Frankf. Komm., Anhang 1 zu § 16, Anm. 7; a. A. Müller-Gries, § 17, Anm. 9 ohne Begründung.

die Preisdifferenzen auf größer werdende Entfernungen hin nicht mehr mit den effektiven Mehrkosten für den Transport überein. Eine genaue Angleichung ist aber technisch auch unmöglich durchzuführen, wenn man nicht eine Unzahl von Zonen bilden will. Innerhalb der wenigen großen Zonen müssen einheitliche Durchschnittspreise genügen, so daß der näher zur Produktionsstätte gelegene Verbraucher mit an den Transportkosten trägt, die sonst auf den entfernter wohnenden Verbraucher derselben Zone entfallen würden. Diese Regelung erscheint sinnvoller als eine generelle Vereinheitlichung der Preise im gesamten Vertriebsgebiet, wobei erheblich größere Ungerechtigkeiten unvermeidbar sind.

Eine Preisstaffelung gemäß dem Anwachsen der Transportkosten, die sich in Zonenpreisen äußert, ist also sachlich gerechtfertigt und bedeutet keine mißbräuchliche Handhabung der vP.

- b) Auch eine Preisspaltung, die auf Grund regionaler Verschiedenheit von Personal- und Materialkosten vorgenommen wird, ist sachlich gerechtfertigt. Wenn ein Hersteller in einem seiner Betriebe nicht so rationell produzieren kann wie in den Zweigwerken in einer anderen Gegend des Absatzgebietes, so muß es ihm möglich sein, entsprechend unterschiedliche Verkaufspreise festzusetzen. Das muß jedenfalls dann gelten, wenn die einzelnen Zweigwerke rechtlich selbständig sind oder zumindest über verschiedene Verkaufs- und Einkaufsorganisationen beziehen bzw. liefern.^{264a)} Es ist auch denkbar, daß in einem bestimmten Gebiet besonders hohe Personal- oder Lagerkosten entstehen. Die Händler in diesem Gebiet werden die Aufnahme des preisgebundenen Artikels in ihr Sortiment davon abhängig machen, daß die hohen Geschäftskosten durch eine entsprechend hohe Handelsspanne ausgeglichen werden. Der Markeninhaber muß diesen Händlern einen höheren Wiederverkaufspreis einräumen als den Händlern im übrigen Absatzgebiet, wenn er nicht viele Vertriebsstätten verlieren will.

264a) In der Praxis wird ein solcher Fall im Geltungsbereich des GWB kaum vorkommen. Ein Hersteller wird bei unterschiedlichen Produktionskosten in seinen verschiedenen Zweigwerken lieber einen Durchschnittspreis kalkulieren, um seine Markenware im gesamten Absatzgebiet zum einheitlichen Preis vertreiben zu können. Auf diese Weise kann er die Vorteile einer vP besser nutzen.

In Berlin, Helgoland und - jedenfalls noch in den nächsten Jahren - im Saarland bestehen gewisse Steuererleichterungen gegenüber Westdeutschland. Dadurch kann es möglich werden, in diesen Gebieten einen Artikel zu einem niedrigeren gebundenen Preis zu vertreiben als in der übrigen Bundesrepublik. Derartig motivierte Preisdifferenzierungen sind sachlich gerechtfertigt. 265)

- c) Das Problem der Preisspaltung wegen örtlich begrenzter Konkurrenz spielt eine bedeutende Rolle vor allem in Grenznähe, wo ausländische Firmen auf engbegrenztem Markt in den Wettbewerb eingreifen. Für die Unternehmer der ehemaligen Westzonen ergibt sich auch in Westberlin häufig starke Konkurrenz eingessener Firmen. Daneben ist aber auch im Inneren der Bundesrepublik eine örtlich begrenzte Konkurrenz durch kleinere Firmen möglich. Diese Marktsituation kann den Hersteller mit großem Absatzgebiet nötigen, seine Preise im Bereich der billigen Konkurrenz auf deren Preisniveau zu halten, um Kundenverluste zu vermeiden. Hier dient die Preisspaltung gerade dazu, der Markenware ihren vollständigen Markt zu erhalten und den Absatz weiterhin optimal zu gestalten; die Preisdifferenzierung sichert also mittelbar den Wert der Marke. Eine generelle Preissenkung im gesamten Absatzgebiet kann bei der lediglich regionalen billigen Konkurrenz dem Markeninhaber nicht zugemutet werden.

Die erforderliche oder höchstens zulässige räumliche Ausdehnung des Konkurrenzgebietes läßt sich nicht allgemein in festen Größenangaben ausdrücken. Muß infolge billiger Konkurrenz fast im gesamten Vertriebsgebiet eines Markenartikels eine Herabsetzung der gebundenen Preise stattfinden, so ist dem Preisbinder zuzumuten, auch im restlichen Absatzgebiet sein Erzeugnis zu verbilligen und zum einheitlichen Festpreis auf dem Niveau der Konkurrenz überzugehen. Umgekehrt kann es bei sehr kleinem Konkurrenzgebiet dem Preisbinder zugemutet werden, daß er den geringen Absatzrückgang für sein Erzeugnis in Kauf nimmt und seinen höheren Festpreis auch in diesem Gebiet beibehält. Man darf in diesem Zusammenhang die Frage der Zulässigkeit einer Preisspaltung aber nicht zu kleinlich beantworten. Der Markenartikel-Hersteller wird nicht ohne zwingenden Grund von der einheitli-

265) Das erkennt auch das BKA an; vgl. Tätigkeitsbericht 1960, BT-Drucksachen, 3. Wahlperiode, Nr. 2734 S. 41 links.

lichen Festpreisbindung zur vP mit regional gespaltenen Preisen übergehen. Er wird von sich aus die Preisspaltung nur vorziehen, wenn das Konkurrenzgebiet zu groß ist, um die billigen Konkurrenzpreise ganz zu ignorieren, und nicht groß genug, um ihn zur generellen Herabsetzung des hohen Festpreises zu zwingen.

Eine regionale Preisspaltung, die der Markenartikelhersteller einführt, um neben örtlich begrenzter Konkurrenz mit niedrigen Preisen bestehen zu können, ist also sachlich gerechtfertigt und kann nicht als mißbräuchliche Handhabung der vP i. S. des § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB angesehen werden. Bedenklich ist dagegen eine Preisspaltung, die der Markenartikel-Hersteller für seine preisgebundenen Waren einführt, um in einem Teil des Absatzgebietes eine dort ansässige, wirtschaftlich schwache Konkurrenzfirma durch Preisunterbietung auszuschalten, während er im übrigen Absatzgebiet höhere Preise festsetzt.

An sich ist auch das Wettbewerbsrecht vom Grundsatz der Privatautonomie beherrscht, so daß eine bewußte Preisunterbietung als Folge der allgemeinen Preisgestaltungsfreiheit nicht per se als wettbewerbswidriges Verhalten erscheint.²⁶⁶⁾ Im Rahmen einer vP, deren Einführung ja im Belieben des Markeninhabers steht, ist aber die Freiheit der Preisfestsetzung in gewissen Richtungen eingeschränkt. Zwar kann der Preisbin-der einen einheitlichen Preis für sein Erzeugnis in beliebiger Höhe festsetzen, wobei nur § 17 Abs. I Ziff. 3 GWB zu beachten ist. Eine willkürliche Preisdifferenzierung für den Vertrieb des Markenartikels ist aber bei Einführung einer vP nicht mehr möglich. Nimmt der Preisbin-der die Vorteile einer vP für sich in Anspruch, so muß er auch gewisse Beschränkungen hinnehmen. Preisspaltungen, die den Wert der Marke erhalten sollen, sind zwar auch bei vertikaler Bindung der Verkaufspreise erlaubt. Eine Preisdifferenzierung, die jedoch nur das Ziel hat, in bestimmten Bezirken eine wirtschaftlich schwache Konkurrenz auszuschalten, ist sachlich nicht gerechtfertigt.²⁶⁷⁾ Man kann dem nicht entgegenhalten, daß oben doch die Preisspaltung bei örtlich begrenzter Konkurrenz für zulässig gehalten werde. Dort wurde nur der Fall behan-

266) RGZ Bd. 144, S. 41 ff(50); Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 261 mit weiteren Nachweisen in Anm. 53.

267) Die sog. Vernichtungsunterbietung wird auch als Verstoß gegen § 1 UWG angesehen. RGZ Bd. 134, S. 342; Baumbach-Hefermehl zu § 1 UWG, Anm. 155.

delt, daß mit Hilfe der Preisspaltung der niedrigere Preis der Konkurrenz eingehalten wird und damit fairer Wettbewerb besteht. Hier wird ein Mißbrauch der vP bei anderer Situation angenommen. Es ist an den Fall gedacht, daß durch bewußte Preisunterbietung eine örtliche Konkurrenz vernichtet werden soll. Zum Schutz der Marke und zur Erhaltung des Absatzes auch im Vertriebsgebiet der Konkurrenzfirma wäre lediglich ein Eintreten in die niedrigen Konkurrenzpreise erforderlich, nicht aber eine Preisunterbietung. Das GWB will den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht verhindern.²⁶⁸⁾ Gerade der Einsatz von Wettbewerbsbeschränkungen im Konkurrenzkampf wird durch dieses Gesetz mißbilligt. Auch die vP ist eine Wettbewerbsbeschränkung; sie ist daher folgerichtig in § 15 GWB verboten. Die vP bei Markenwaren ist als Ausnahme von diesem Verbot lediglich zugelassen worden, weil sie dazu beitragen soll, den Markenwert und die vom Markeninhaber erkämpfte Markstellung zu erhalten. Diese Ausnahme ist gerechtfertigt, weil der Markenartikel-Hersteller durch das Herkunftszeichen auf seinem Erzeugnis aus der Anonymität gegenüber dem Verbraucher hervortritt und die gleichbleibende Güte seines Artikels garantiert. Nach dem Zweck des § 16 GWB muß die vP zum Schutz der Marke erforderlich sein. Nur in diesem engen Bereich ist ihr Einsatz im Wettbewerb ausnahmsweise tragbar. Dagegen darf eine vP nicht als Angriffsmittel gebraucht werden, um die Position des Markenartikels durch Ausschaltung lästiger Konkurrenz zu stärken. Eine solche aktive Bekämpfung der Konkurrenz führt zu einer Festigung des Markenwerts, zur bloßen Erhaltung ist sie nicht erforderlich. Würde man die vP nach § 16 GWB auch als Angriffsmittel im Konkurrenzkampf zulassen, so wäre der Markenartikel gegenüber anonymen Waren stark bevorzugt. Eine solche Bevorzugung ist aber aus dem Unterschied zwischen anonymer und markierter Ware nicht zu rechtfertigen und vom Gesetzgeber mit der Bestimmung des § 16 GWB erkennbar nicht gewollt. Daher wird eine vP, die mittels Preisspaltung eine wirtschaftlich schwache Konkurrenz ausschalten soll, über den Bereich des § 16 GWB hinaus im Wettbewerb mißbräuchlich gehandhabt. Sie kann nach § 17 Abs.1, Ziff.2 GWB vom Bundeskartellamt für unwirksam erklärt werden.

268) Amtl. Begründung zum Reg. Entwurf in BT-Drucks., 1. Wahlperiode, Nr. 3462, S. 15 unter A I.

Würde der im Bereich der schwachen Konkurrenz bewußt niedrig gehaltene Preis noch eine ausreichende Gewinnspanne enthalten, so käme für die vP auch eine Beanstandung nach § 17 Abs.1, Ziff.3 GWB in Betracht. Der im übrigen Absatzgebiet festgesetzte Markenpreis erscheint dann überhöht und nur mittels der vP auf seinem Niveau zu halten. Hier ist jedoch zu beachten, daß die preisgebundene Markenware im gesamten Vertriebsgebiet mit gleichartigen Waren anderer Hersteller in Preiswettbewerb stehen muß. Der Preisbinder wird daher den hohen Preis für seine Ware nach Wettbewerbsgesichtspunkten und unter Konkurrenzdruck festgesetzt haben. Der Preis im Bereich der schwachen Konkurrenzfirma wird also in der Regel unwirtschaftlich niedrig angesetzt sein, während der gebundene Preis im übrigen Absatzgebiet der wirklichen Wettbewerbslage entspricht und nicht unwirtschaftlich überhöht ist. Eine Anwendung des § 17 Abs.1, Ziff.3 GWB ist bei dieser Preisspaltung in der Regel also nicht möglich.

- d) Weiterhin ist eine Preisspaltung in der Form denkbar, daß im gesamten Absatzgebiet in der Nähe von Vertriebsstätten billigere Konkurrenz der Preisbinder niedrigere Preise für seinen Markenartikel festsetzt als im übrigen Vertriebsgebiet. Als Beispiel aus der Praxis sei dazu erwähnt, daß Hersteller von Markenbenzin in der Nähe neueröffneter, bedeutend billiger verkaufender "Freier Tankstellen" ihr Markenbenzin zu einem niedrigeren Preis vertreiben ließen als außerhalb des Bereichs dieser billigen Konkurrenz. Die angeglichenen Preise in Verbindung mit der bekannten Marke sollten die Kunden von den freien Tankstellen fernhalten.

In diesem Fall einer Benzinpreisspaltung ist wesentlich, daß die freien Tankstellen im gesamten Absatzgebiet der Markentankstellen verstreut zu finden sind. Von regional begrenzter Konkurrenz kann hier keine Rede sein. Nur in unmittelbarer Nähe der freien Tankstellen wurden bei der Praktizierung dieser Preisspaltung die Preise für Markenbenzin gesenkt, wenige Kilometer weiter galten nach wie vor die alten hohen Preise.

Eine solche Preisspaltung ist nur gerechtfertigt, wenn sie zum Schutz der Marke erforderlich ist. Bei der geschilderten Marktsituation bleibt das Markenbenzin überall erhältlich; die Marke bleibt allen

Verbrauchern bekannt. Eine Gefährdung des Markenwerts durch Verlust der Popularität ist nicht zu befürchten. Denn das Vertriebsnetz der Markentankstellen wird durch die Errichtung freier Tankstellen nicht durchlöchert oder in seiner Dichte beeinträchtigt. Die Vertriebsstellen für freies Benzin entstehen neben den Markentankstellen. Das Markenbenzin wird wie früher an allen Vertriebsstellen seiner Marke angeboten. Es kann also nicht davon die Rede sein, daß in einem größeren Bezirk wegen billigerer Konkurrenzwaren das Markenbenzin nicht mehr vertrieben werden kann und so durch völligen Verlust eines begrenzten Absatzgebietes die Popularität und damit der Wert der Marke gefährdet wird.

Allerdings werden sich bei billiger Konkurrenz gewisse Absatzschwierigkeiten für den Markenartikel ergeben. Daraus darf aber nicht gefolgert werden, daß die Preisspaltung der geschilderten Art zur Erhaltung des Absatzes und damit des Markenwerts erforderlich ist. Der Preisbinder kann seine Festpreise generell herabsetzen. Dadurch läßt sich der Konkurrenzdruck ausgleichen. Die Absatzschwierigkeiten werden so beseitigt; die Marktstellung des Markenartikels ist nicht weiter gefährdet. Eine solche generelle Preissenkung ist in der hier angenommenen Situation das marktgerechte Mittel zur Behebung der Absatzschwierigkeiten. Wenn der Preisbinder stattdessen eine Preisspaltung der geschilderten Art vornimmt, so verfolgt er damit ein bestimmtes Ziel. Er will den billigeren Konkurrenten die Kundschaft abwerben oder fernhalten, indem er in ihrem Einflußgebiet in die niedrigen Preise eintritt und gleichzeitig den Wettbewerb seiner Marke einsetzt. Daneben aber will der Preisbinder seine hohen Festpreise dort einhalten, wo keine Vertriebsstellen der billigeren Konkurrenz vorhanden sind. Diese Preisspaltung läuft auf eine Vernichtung der billigeren Konkurrenz hinaus. Gegenüber den oben behandelten Fällen der regionalen Preisspaltung besteht hier die Besonderheit, daß die Konkurrenzwaren im gesamten Absatzgebiet des preisgebundenen Markenartikels angeboten werden. Hier ist dem Preisbinder eine generelle Preissenkung zuzumuten, wenn er dem Konkurrenzdruck begegnen will. Selbst wenn ein Eintreten in die Konkurrenzpreise für den Preisbinder wirtschaftlich nicht tragbar ist, kann eine Befugnis zur Preisspaltung nicht anerkannt werden. Dann kann die Preissenkung zwar den Markenwert gefährden, weil der Markenartikel-Hersteller im Konkurrenzkampf untergehen wird. § 16 GWB will aber nicht die wirtschaftliche Preishöhe

und die Existenzfähigkeit eines Unternehmers schlechthin schützen. Nach § 16 GWB müssen sich die Preise ausdrücklich im Wettbewerb bilden. Auch bei einer Beanstandung überhöhter Preise nach § 17 Abs. I, Ziff. 3 GWB wird keine Rücksicht darauf genommen, ob der Preisbinder nur bei den hohen Preisen für sein Erzeugnis wirtschaftlich bestehen kann. Eine Preissenkung nur im nächsten Umkreis von Vertriebsstätten der Konkurrenz unter Beibehaltung der vP würde auch dem Sinn des § 16 GWB zuwiderlaufen. Das Erfordernis des Preiswettbewerbs würde seine kontrollierende Wirkung verlieren, wenn überhöhte Monopolpreise und marktgerechte Preise je nach Bedarf und nach Lage zur Konkurrenz im gesamten Vertriebsgebiet mit den einzelnen Händlern vereinbart werden könnten. Eine derartige Preisspaltung widerspricht dem Wesen der vP.

Dies alles zeigt, daß eine Preisspaltung in der geschilderten Ausgestaltung nicht zugelassen werden kann. Der Preisbinder muß bei dieser Marktlage statt durch Preisspaltung dem Konkurrenzdruck durch generelle Preissenkung oder durch erhöhte Leistung begegnen, wenn er nicht aus eigener Kraft den Festpreis auf dem alten Niveau halten kann. Eine Preisspaltung der Art, daß nur im Bereich von Vertriebsstellen der Konkurrenz die Preise für einen Markenartikel niedriger gebunden werden als im übrigen Vertriebsgebiet, ist zum Schutze des Markenwerts nicht erforderlich. Sie widerspricht sogar dem Zweck des § 16 GWB und der wirtschaftlichen Aufgabe der als Ausnahme zugelassenen vP. Daher muß in einem solchen Fall die vP als mißbräuchlich gehandhabt angesehen werden.²⁶⁹⁾

Ob auch § 17 Abs. I, Ziff. 3 GWB zur Beurteilung einer vP mit der dargestellten Preisspaltung heranzuziehen ist, kann ohne genauere Kenntnis des Preisgefüges nicht entschieden werden. Wenn im gesamten Absatzgebiet eines Markenartikels erheblich billigere Konkurrenzwaren gleicher Art angeboten werden und der Preisbinder im Bereich der Konkurrenz ebenfalls niedrigere Preise festsetzt, so läßt sich vermuten, daß die hohen Festpreise im übrigen Vertriebsgebiet

269) Im übrigen ist eine Benzinpreisspaltung der geschilderten Art, die bei den Verbrauchern eine wettbewerbswidrige Preisverwirrung hervorruft, als sittenwidriger Behinderungswettbewerb nach § 13 Abs. I UWG und § 1 UWG für unzulässig erklärt worden. (LG Frankfurt/M in BB 1960, S. 228 ff).

überhöht sind. Es ist aber möglich, daß der Preisbinder seine Preise im Bereich der billigen Konkurrenz unwirtschaftlich tief angesetzt hat, während seine Preise im übrigen Absatzgebiet der Wettbewerbslage zwischen den restlichen Mitbewerbern angepaßt sind. Nur wenn festgestellt werden kann, daß die hohen Preise den gesamtwirtschaftlichen Verhältnissen nicht entsprechen, kann die vP nach § 17 Abs. I, Ziff. 3 GWB für unwirksam erklärt werden. Genauere Ausführungen sind bei der Allgemeinheit des Modellfalls nicht möglich.

III.1) In der bisherigen Untersuchung wurde die Preisspaltung so verstanden, daß ein Markenartikel unter seiner Marke zu regional unterschiedlichen gebundenen Preisen vertrieben wird. Im folgenden bleibt die zweite Form der Preisspaltung im Hinblick auf § 17 GWB zu prüfen. Es handelt sich dabei um den Fall, daß sachlich völlig gleiche Artikel derselben Produktion einerseits mit der Marke des Herstellers zum gebundenen Preis, andererseits markenlos zu wesentlich niedrigerem Preis verkauft werden. Diese Verkaufsmethode ist vor allem in der Strumpfindustrie angewendet worden, um Absatzschwierigkeiten zu beheben, die mit der Eroberung des Marktes durch nahtlose Damenstrümpfe für die Nahtstrümpfe entstanden sind. Die Strumpfhersteller verkauften seit dieser Änderung der Marktverhältnisse (1957/58) einen Teil der Nahtstrümpfe weiterhin unter der eingeführten Marke zum gebundenen Festpreis, gestatteten daneben aber den Händlern auch den Vertrieb von Strümpfen derselben Produktion und Qualität ohne Marke zu Schleuderpreisen. Auch im Benzinhandel läßt sich ein zweigleisiges Verkaufssystem nachweisen. Markenbenzin wird teilweise an den Markentankstellen zu gebundenen Preisen, an freien Tankstellen ohne Markierung zu freien Preisen vertrieben. Allerdings wird hier die Preisspaltung in der Regel nicht vom Hersteller verursacht, sondern von Großhändlern mit steuerfreien Lagern, von wo das Benzin mit unterschiedlicher Markierung an die einzelnen Zapfstellen geliefert wird.

2. Das Bundeskartellamt hat derartige Verkaufspraktiken mißbilligt und darauf hingewiesen, daß die beibehaltene vP nach § 17 Abs. I,

Ziff. 2 und Ziff. 3 GWB zu beanstanden sei.²⁷⁰⁾ Die Käuferschaft nehme wegen der Preisunterschiede und der verschiedenen Verwendung der Marke an, daß die sachlich gleichen Erzeugnisse des Herstellers von verschiedener Qualität seien. Diese Vorstellung werde täuschend ausgenutzt und so alle Käuferschichten erfaßt, ob sie nun teure Qualitäts- und Markenware oder billige Ware ohne Rücksicht auf Markeneigenschaft bevorzugen. Darin sieht das Bundeskartellamt zunächst eine mißbräuchliche Handhabung der vP nach § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB. Es begründet diese Meinung damit, daß der Verbraucher davon ausgehe einen Markenartikel überall zu demselben, durch Werbung oder auf der Verpackung bekanntgegebenen Preis und nicht in gleicher Qualität noch zu anderen Preisen zu erhalten. Im GWB werde gerade im Hinblick auf das besondere Wesen und die Eigenart des Markenartikels für diesen die vP zugelassen. Ein Vertriebssystem, welches die Bedingungen dafür setze, daß sich eine am normalen Markenartikelbegriff orientierte Verbraucherschaft über den Charakter der preisgebundenen Ware irrt und infolge dieser unrichtigen Vorstellung teurer einkauft als bei voller Kenntnis des Sachverhalts, stelle eine mißbräuchliche Handhabung der vP dar. Daneben hält das Bundeskartellamt auch § 17 Abs. I, Ziff. 3 GWB für erfüllt. Der zweispurige Vertrieb einer Markenware teils zu gebundenen, teils zu freien Preisen zeigt nach Ansicht des Bundeskartellamts, daß der vertikal gebundene Preis durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse nicht gerechtfertigt ist. Gerechtfertigt sei nur der vom Händler frei kalkulierte, sich nach den Marktverhältnissen bildende Preis, den der Verbraucher für die markenlose, nicht preisgebundene Ware zahlt.

Seien die Nahtstrümpfe nicht mehr zum gebundenen Preis abzusetzen, weil die Nachfrage infolge Umstellung der Verbrauchergewohnheiten auf nahtlose Strümpfe zurückgehe, so sei eine Preissenkung das marktgerechte Mittel, um die Ware weiterhin erfolgreich vertreiben zu können. Eine Preisspaltung der geschilderten Art, die das generelle Sinken des nicht mehr gerechtfertigten gebundenen Preises verhindern solle, sei nach § 17 Abs. I, Ziff. 3 GWB zu beanstanden.

Im zweigleisigen Vertrieb von Markenartikel zu unterschiedlichen Preisen teils mit, teils ohne Markierung sieht auch die Rechtslehre

270) BKA im Brief vom 18. 12. 1959 an Spitzenverbände des Handels in WRP 1960, S. 42 = WuW 1960, S. 233 ff.; BKA im Tätigkeitsbericht 1959 in BT-Drucksachen, 3. Wahlperiode, Nr. 1795, S. 38 links.

übereinstimmend eine mißbräuchliche Handhabung der vP i.S. des § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB.²⁷¹⁾

Völp²⁷²⁾ weist in einer Stellungnahme zur Ansicht des Bundeskartellamtes darauf hin, daß bei Aufhebung der vP für die gesamte zu gespaltenen Preisen vertriebene Strumpfproduktion sich ein freier Marktpreis einspielen würde, der über den Preisen für markenlose Ware beim zweigleisigen Verkauf liegt. Weiterhin zeigt Völp auf, daß die Methode des zweigleisigen Vertriebs für die gesamte Markenartikel-Industrie eine Gefahr bildet. Wenn nämlich die Verbraucher erkennen, daß ihre Vorstellung von Qualitätsunterschieden bei Preisdifferenzen täuschend ausgenutzt wird, werden sie bald zum Kauf anonymer Waren übergehen und keiner Beteuerung mehr Glauben schenken, nach der die angebotene Ware nur unter der Marke und zum Festpreis vertrieben wird. Völp spricht deshalb vom baldigen "Ende des echten Markenartikels", wenn zweispuriger Verkauf in größerem Umfang praktiziert wird.

Die Bundesregierung hat in ihrer Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht 1959 des Bundeskartellamtes²⁷³⁾ der Kartellbehörde darin beipflichtet, daß der gleichzeitige Vertrieb einer Markenware zu einem gebundenen und zu einem erheblich tieferen freien Preis regelmäßig Ansatzpunkt für ein Verfahren nach § 17 Abs. I, Ziff. 3 GWB, sein wird. Bezüglich § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB folgt die Bundesregierung dem Bundeskartellamt aber nicht uneingeschränkt. Sie hält Fälle für denkbar, in denen unterschiedliche Absatzwege und -formen für die gleiche Ware auch eine unterschiedliche Preisgestaltung rechtfertigen können.

3. a) Wenn alle am Vertrieb Beteiligten in der Preisgestaltung frei sind, so bildet sich der marktgerechte Preis für eine Ware nach dem Verhältnis von Angebot und Nachfrage. Als im Jahre 1958 die nahtlosen Strümpfe den Markt eroberten, sank die Nachfrage nach den

271) Baumbach-Hefermehl, zu § 1 UWG, Anm. 285; Schwartz in M-H-S, § 17 Anm. 5; Völp in WRP 1958 S. 353 ff. (358 unter III, 2c). Christl. in BB 1960, S. 297 ff (300 unter II, 2).

272) Völp in MA 1960, S. 47 ff.

273) BB 1960 S. 499 unter 2a.

früher gebräuchlichen Nahtstrümpfen rasch und erheblich. Den damit verbundenen Absatzschwierigkeiten hätte durch eine allgemeine Preissenkung begegnet werden können, wenn die neuen Preise so niedrig angesetzt worden wären, daß viele Verbraucher angesichts der Preisunterschiede die Nahtstrümpfe weiterhin den neuen nahtlosen Strümpfen vorgezogen hätten. Die Strumpfhersteller wollten jedoch auch davon profitieren, daß bestimmte Verbraucher die markierten Nahtstrümpfe im Vertrauen auf die einmalige Qualität der Marke weiterhin zum alten hohen Preis einkaufeten. So wählten sie das System des zweigleisigen Verkaufs mit Preisspaltung. Ein Teil der Produktion wurde weiterhin mit der Marke ausgezeichnet und zu vertikal gebundenen Preisen vertrieben. Es liegt auf der Hand, daß der hohe gebundene Preis nur mittels der Preisbindungsverpflichtungen zu halten war, weil die Verbraucherschaft die Qualitätsgleichheit der zu unterschiedlichen Preisen angebotenen Strümpfe nicht erkannte. Dem Verhältnis von Angebot und Nachfrage hätte ein weit niedrigerer als der gebundene Preis entsprochen. Bei völliger Freigabe der Preise für die gesamte Nachkriegsproduktion hätte sich der Preis allerdings nicht genau auf dem Niveau des beim zweigleisigen Verkauf für die markenlose Ausführung geforderten Betrages eingespielt. Denn einmal wäre die Nachfrage nach den billigen Nahtstrümpfen größer geworden, weil die Verbraucher, welche vorher die teuren preisgebundenen Marken-nahtstrümpfe vorzogen, nun auch die billige Ware gekauft hätten. Mit der erhöhten Nachfrage wäre zwar auch das Angebot an billigen Strümpfen gestiegen, weil fortan die Produktion nicht mehr in markierte und markenlose Ausführung zersplittert worden wäre. Doch spricht diese Erhöhung des Angebots nicht zwingend gegen eine Preiserhöhung. Die billigeren Nahtstrümpfe hätten dann nämlich den gesamten Marktanteil an Nahtstrümpfen ausgemacht. Um überhaupt Nahtstrümpfe zu bekommen, hätte der Käufer nun auch etwas höhere Preise für diese gezahlt als vorher für die markenlose Ausführung. Im Vergleich zu den teureren nahtlosen Strümpfen wäre der Kauf von Nahtstrümpfen trotz geringer Preiserhöhung finanziell immer noch vorteilhaft gewesen. Zum anderen kann beim zweigleisigen Vertrieb die markenlose Ware sogar zu unwirtschaftlich niedrigen Preisen abgesetzt werden, weil die hohen Markenpreise des anderen Produktionsteils genügend Gewinn einbringen. Bei Wegfall der hohen Preise muß sich der marktgerechte Preis dann über dem niedrigen Niveau der unwirtschaftlichen Preise bilden.

Es steht fest, daß der nach den Marktverhältnissen frei gebildete Preis, auch wenn er über dem Betrag für die markenlose Ausführung beim zweigleisigen Vertrieb liegen würde, sich erheblich unter dem durch vP für die Markenstrümpfe künstlich hochgehaltenen Preis einspielen würde. Nach den gesamten Marktverhältnissen auf dem Strumpfmarkt wäre dieser niedrigere Preis für Nahtstrümpfe gerechtfertigt. Der künstlich durch vP hochgehaltene Markenpreis widerspricht der wirklichen Marktlage. Im System der freien Marktwirtschaft sollen sich die Preise im Wettbewerb bilden. Die Nachfrage ist als Preisbildungsfaktor von Bedeutung. Eine marktgerechte Nachfrage kann aber nur vorliegen, wenn die Kunden sich über die Waren, ihre Herkunft und Qualität richtig informieren können. Die künstlich hochgehaltenen Preise beim zweigleisigen Vertrieb entsprechen nicht der wirklichen Marktlage, sie sind dazu geeignet, die Verbraucher über die Marktverhältnisse zu täuschen. Es lassen sich keine Gesichtspunkte finden, nach denen eine solche Preishöhe sich gesamtwirtschaftlich rechtfertigen ließe. Die vP für einen Teil der Produktion ist beim zweispurigen Verkauf also geeignet, das Sinken der Preise in einer nach den gesamtwirtschaftlichen Verhältnissen nicht gerechtfertigten Weise zu verhindern. Das Bundeskartellamt kann eine derartige vP nach § 17 Abs. I, Ziff. 3 GWB für unwirksam erklären.

- b) Die Möglichkeit einer Beanstandung der vP nach § 17 Abs. I, Ziff. 3 GWB schließt nicht aus, daß dieselbe vP auch wegen mißbräuchlicher Handhabung gemäß § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB für unwirksam erklärt werden kann. Obwohl § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB den Charakter einer Generalklausel hat, können alle drei in § 17 Abs. I GWB genannten Gründe zur Beanstandung nebeneinander zur Wirkung kommen.²⁷⁴⁾

Die mißbräuchliche Handhabung der vP bei einer Preisspaltung, wie sie beim zweigleisigen Verkauf von Damenstrümpfen zu beobachten war, ergibt sich bereits daraus, daß die vP bewußt zu Täuschung der Verbraucher und zur Erzielung eines nach den Marktverhältnissen nicht mehr gerechtfertigten Preises benutzt wird. Wie

274) Baumbach-Hefermehl, zu § 17 GWB, Anm. 4.

das Bundeskartellamt treffend ausführt, nutzen die preisbindenden Strumpfhersteller gerade die auf dem Wesen und der Eigenart der Markenartikel beruhende Vorstellung des Verbrauchers, der Markenartikel sei nur zum festgesetzten Preis und mit Markenkennzeichnung zu erhalten, täuschend aus und sichern sich so trotz hoher Preise weitere Absatzkreise. Die vP und die von allen Markenartikel-Herstellern erarbeitete Stellung des Markenartikels darf nicht dazu dienen, die gutgläubige Käuferschaft zu übervorteilen. Eine derartig motivierte vP muß als mißbräuchlich gehandhabt angesehen werden. 275)

Hier kann nun von Bedeutung sein, auf welchen Absatzwegen der zweigleisige Vertrieb vorgenommen wird. Eine zu mißbilligende Täuschung der Kunden liegt sicher dann vor, wenn die markierten und markenlosen Waren derselben Produktion zu unterschiedlichen Preisen in demselben Geschäft angeboten werden. Kein Käufer kommt hier auf den Gedanken, daß die markenlosen und die mit einer durch umfangreiche Werbung propagierten Marke versehenen Artikel trotz unterschiedlicher Preise aus derselben Produktion stammen und qualitativ völlig gleichwertig sind. Gegen eine Beanstandung der vP wegen mißbräuchlicher Handhabung bestehen in diesem Falle keine Bedenken.

Problematischer ist in diesem Zusammenhang der Fall, daß die billigen markenlosen Waren nur über bestimmte Absatzkanäle (etwa Warenhäuser) zum Vertrieb gelangen, während in den übrigen Geschäften nur die markierten Waren zu den hohen Markenpreisen zu erhalten sind. Hier scheint eine Täuschung der Verbraucher nicht vorzuliegen, weil die Preis- und Markierungsunterschiede den Käufern durch das Sortiment des einzelnen Händlers nicht unmittelbar ins Bewußtsein gerufen werden. Eine Täuschung braucht jedoch nicht durch optische Wahrnehmung herbeigeführt zu werden. Die durch Erfahrung und Werbung jedem Durchschnittsverbraucher vermittelte Kenntnis von Wesen und Eigenschaften der Markenartikel drängt dem Kunden beim Kauf einer markierten Ware unwillkürlich die Vorstellung auf, daß das gleiche Erzeugnis in derselben Qualität

275 Im übrigen verstößt der Hersteller bei einer derartigen Täuschung der Verbraucher gegen die §§ 1, 3 UWG.

nicht auch billiger zu bekommen sei. Diese Vorstellung wird ohne Rücksicht auf die Reichhaltigkeit des beim Kauf vorgefundenen Sortiments bereits durch die bloße Tatsache der Markierung vermittelt. Dazu kommt, daß Markierungs- und Preisunterschiede für gleichartige Waren auch bei räumlich getrenntem Angebot den Verbrauchern schnell bekannt werden, weil sich eine billige Einkaufsquelle bald herumspricht. Solange der zweispurige Verkauf von der Verbraucherschaft noch nicht durchschaut ist, vertraut der Kunde auch bei getrenntem Absatzweg der zweigleisig verkauften Ware auf die Einmaligkeit des unter der Marke angebotenen Produktionsanteils. Daraus ergibt sich, daß die Vollständigkeit des Sortiments eines Händlers für die Täuschung des Verbrauchers keine Bedeutung hat. Die vom Markenartikel-Hersteller bewußt herbeigeführte Täuschung äußert auch bei getrenntem Absatzweg ihre Wirkungen. Soweit die mißbräuchliche Handhabung einer vP mit der bewußten Täuschung der Verbraucher durch zweispurigen Verkauf von Markenartikeln begründet werden soll, spielt die unterschiedliche Absatzform für das Ergebnis also keine Rolle.

Die Kritik der Bundesregierung an der Auffassung des Bundeskartellamts ²⁷⁶⁾ geht insoweit fehl. Wenn die Bundesregierung ihre Bedenken im Hinblick auf die oben unter II geprüften Fälle von Preisspaltung erhoben hat, so ist dem entgegenzuhalten, daß das Bundeskartellamt bei seiner "allgemein gehaltenen" Feststellung zu § 17 Abs. 1 Ziff. 2 GWB im Tätigkeitsbericht 1959 nur den Fall der "Preisspaltung beim zweispurigen Verkauf von Markenartikeln" behandelt hat. Für "jede Preisspaltung" bei Markenwaren wollte das Bundeskartellamt erkennbar keine Grundsätze aufstellen. Das ergibt eindeutig das im Tätigkeitsbericht 1959 vom Bundeskartellamt angeführte Beispiel aus der Strumpfindustrie und die anschließende Formulierung "...In einem solchen Fall gespaltener Preisbildung ...".

Der zweispurige Verkauf von Markenwaren übt auch auf die allgemeine Marktstellung der Markenartikel bestimmte, von Völp dar-

276) oben S. 159, Fußnote 273.

gestellte ²⁷⁷⁾ Wirkungen aus. Auch diese können dazu veranlassen, beim zweigleisigen Vertrieb von Markenartikeln einen Mißbrauch der vP nach § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB anzunehmen.

Völp ist darin zuzustimmen, daß ein allgemeiner oder auch schon häufiger Gebrauch eines Vertriebssystems, wie es der zweispurige Verkauf in der Strumpfindustrie darstellt, große Gefahren für die Existenz des Markenartikels schlechthin mit sich bringt. Wenn die Käufer einmal mißtrauisch geworden sind, so werden sie anonyme Artikel den oft teureren gleichartigen Markenartikeln vorziehen, um die Möglichkeit einer Übervorteilung von vornherein auszuschließen. Sie würden dann das Gefühl haben, einen Teil des Kaufpreises für die Marke zu bezahlen. Der gute Ruf der Markenartikel wäre dann bald vernichtet. Beteuerungen der Händler könnten die argwöhnende Kundschaft nicht mehr von der Einmaligkeit der angebotenen Markenware überzeugen.

§ 16 GWB geht bei der Bevorzugung der Markenartikel im Recht der vP gerade davon aus, daß ein Markenartikel überall unter der Marke in gleicher Qualität erhältlich ist. Sonst könnte eine vP den Markewert überhaupt nicht schützen. Nur wenn das Publikum auf diese Eigenart des Markenartikels vertrauen kann, ist eine gedankliche Verknüpfung von Festpreis und Güte der Ware beim Verbraucher vorstellbar. Nur dann kann ein einheitlicher Preis zum Absatz und zur Wertschätzung der Marke beitragen. In erster Linie soll die vP dem Schutz der individuellen Marke und der Position des einzelnen Herstellers dienen. Wenn aber § 16 GWB wirksam zum Schutz der einzelnen Marke beitragen soll, so darf nicht gleichzeitig durch die konkrete vP das gesamte Markenartikelwesen gefährdet werden. Notwendig muß nach dem Sinn und Zweck des § 16 GWB eine vP auch

277) Völp in MA 1960, S. 47 ff (48 unter II, 2). Er hebt hervor, daß die Markstellung der Markenartikel auf dem fest verankerten Vertrauen des Publikums in den "eingleisigen Vertrieb" beruhe. Wenn die Käufer erst in größerem Umfang von der Methode des zweispurigen Vertriebs erführen, könne dieses Vertrauen leicht zerstört werden. Dann würden die Kunden gegenüber preisgebundenen Markenwaren stets argwöhnen, derselbe Artikel sei unmarkiert billiger zu erhalten. Viele Käufer würden aus Angst vor Übervorteilung künftig billigere anonyme Waren Markenartikeln gleicher Art vorziehen.

zum Schutz des Markenartikels schlechthin beitragen. Das ergibt sich aus den Beziehungen zwischen der einzelnen Marke und dem gesamten Markenartikelwesen. Jede Marke hat nur dann Wert, wenn der Markenartikel als Institution anerkannt und seiner Vorteile wegen von den Verbrauchern gern bezogen wird. Andererseits trägt auch die Anerkennung einzelner Marken zur starken Marktstellung des Markenartikels bei, hat sie sogar wohl erst geschaffen. Zwischen den einzelnen Marken und dem Markenartikel als Einrichtung des Handels bestehen also gewisse Wechselbeziehungen. Eine vP, die den Schutz des individuellen Markenwerts erstrebt, muß notwendig auch zur Erhaltung der allgemeinen Marktstellung des Markenartikels beitragen, wenn dieser Schutz praktische Bedeutung erlangen soll. Daraus folgt, daß eine vP nach dem Zweck des § 16 GWB nicht gebilligt werden kann, wenn sie in einem bestimmten Vertriebssystem Anteil daran hat, daß der Ruf aller Markenartikel und damit die Existenz des Markenartikelwesens gefährdet werden. Eine solche vP gefährdet auch den Wert der einzelnen Marke, anstatt ihn zu sichern. Damit widerspricht die vP beim zweigleisigen Vertrieb dem Sinn und Zweck des § 16 GWB. Die vP bei Markenartikeln darf nur so eingesetzt werden, wie der Zweck des § 16 GWB es zuläßt. Eine vP, die zwar formell den Tatbestand des § 16 GWB erfüllt, in ihren Wirkungen aber über den von § 16 GWB erfaßten Bereich hinausgeht, wird mißbraucht. Darüber hinaus ist die allgemeine Gefährdung des Markenartikelwesens ein Umstand, der nach § 17 Abs. I, Satz 2 GWB bei der Entscheidung über die mißbräuchliche Handhabung einer vP mit zu berücksichtigen ist. Denn eine vP, welche die allgemeine Marktstellung der Markenartikel gefährdet, widerspricht - wie aufgezeigt - dem Zweck des § 16 GWB. Im Falle des zweispurigen Vertriebs von Markenwaren hat dieser Umstand entscheidendes Gewicht.

Beim zweispurigen Verkauf von Markenwaren ist die vP also auch wegen der nachteiligen Wirkungen dieses Absatzsystems auf den allgemeinen Ruf und die Wertschätzung der Markenartikel als mißbräuchlich gehandhabt anzusehen.

Schließlich wird in der Literatur hervorgehoben, daß die Preisspaltung beim zweispurigen Verkauf von Markenwaren zur Lückenhaftigkeit der vP führe und daher diese vP mißbräuchlich gehandhabt

werde.²⁷⁸⁾ Völp hält in diesem Fall die vP für lückenhaft, weil Einzelhändlern nicht mehr zugemutet werden könne, an den für die markierte Ausführung festgesetzten Preisen festzuhalten, sobald die Verbraucher die zweigleisige Verkaufsform durchschaut hätten. Denn dann werde die billigere markenlose Ausführung im Sortiment anderer Händler allgemein bevorzugt, die markierte Ausführung lasse sich nicht mehr absetzen.

Aus dieser Begründung geht hervor, daß die vP erst von dem Zeitpunkt an als lückenhaft angesehen wird, in dem die Kunden die vom Hersteller herbeigeführte Täuschung durchschauen. Zum anderen kann die Frage der Lückenlosigkeit in dieser Form nur problematisch werden, wenn markierte und markenlose Ware derselben Produktion auf getrennten Absatzwegen zum Verkauf gelangen. Führen nämlich alle Händler beide Ausführungen in ihrem Sortiment, so kann von ungleicher Wettbewerbslage, unzumutbarem Festhalten an der vP und daraus gefolgter Lückenhaftigkeit des Bindungssystems keine Rede sein.

Ob bei dieser Sachlage der zweispurige Vertrieb tatsächlich zur Lückenhaftigkeit der vP führt, bedarf genauerer Prüfung. Vor allem muß der Begriff der Lücke im Recht der vP dazu näher festgelegt werden. Weiterhin ist es problematisch, ob die Durchführung eines lückenhaften Preisbindungssystems eine mißbräuchliche Handhabung der vP darstellt und die Kartellbehörde zum Einschreiten nach § 17 Abs. I Ziff. 2 GWB berechtigt.

Diese Fragen sollen hier nicht entschieden werden. Sie sprengen den Rahmen der Untersuchung über die Preisspaltung. Dazu wird die Frage der Lückenhaftigkeit beim zweigleisigen Vertrieb praktisch kaum bedeutsam. Erst in dem Augenblick, wenn die Verbraucher die Täuschung erkennen, entsteht das Problem der lückenhaften vP beim zweigleisigen Verkauf. Denn der Begriff der Lücke ist nicht rein objektiv zu verstehen.²⁷⁹⁾ Für die Lückenhaftigkeit eines Preisbindungssystems ist vielmehr die Vorstellung der Kunden vom unterschiedlichen Angebot derselben Ware durch verschiedene Händler bedeutsam. Solange die Kunden in den beiden Ausführungen beim zweigleisigen Vertrieb verschiedene Waren sehen, ist die Lückenlosigkeit der vP nicht proble-

278) Völp in MA 1960, S. 47 ff (50 unter III, 4); Baumbach-Hefermehl, zu § 1 UWG, Anm. 285.

279) Dazu ausführlich unten S. 170 ff.

matisch.²⁸⁰⁾ Der Preisbinder wird nun aber die vP für die markierte Ausführung von sich aus aufheben, wenn die Verbraucher die Tauschung erkannt haben. Denn die zweigleisige Verkaufsform besitzt für den Absatz nur solange praktischen Wert, wie die Kunden über die Qualitätsgleichheit der in Preis und Markierung unterschiedlichen Ausführungen derselben Ware erfolgreich getauscht werden können.

Eine gewisse praktische Bedeutung kann diesen Fragen allerdings im Zusammenhang mit der Preisspaltung beim zweispurigen Vertriebssystem nicht aberkannt werden. Es ist denkbar, daß der Hersteller die vP für seine markierte Ware noch aufrechterhält, wenn sein Vertriebssystem bereits durchschaut ist. Bei getrenntem Absatzweg kann er nämlich auch dann noch auf ahnungslose Käufer der teuren markierten Ausführung hoffen. In ihrer systematischen Bedeutung passen die angedeuteten Fragen jedoch mehr zum Problem der mißbräuchlichen Handhabung einer lückenhaften Preisbindung. Sie sollen daher bei der anschließenden Untersuchung dieses Problems mit berücksichtigt werden.^{280a)}

IV. Zusammenfassung

Eine regionale Preisspaltung der Art, daß ein Markenartikel unter der Marke in einzelnen Bezirken seines Vertriebsgebietes zu unterschiedlichen Festpreisen abgesetzt wird, kann je nach ihrer Motivation kartellrechtlich bedenkenlos hingenommen werden oder zur Beanstandung der vP gemäß § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB führen. Zonenpreise, in denen die unterschiedlichen Transportkosten berücksichtigt sind, können als sachlich gerechtfertigt gelten. Sie stellen keinen Mißbrauch der vP dar. Auch Preisspaltungen, die mit regional unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebskosten zu begründen sind, müssen sachlich gerechtfertigt sein. Das gleiche gilt für eine regionale Preisspaltung, mit deren Hilfe eine örtlich begrenzte Preisunterbietung durch Konkurrenzfirmen aufgefangen werden soll. Wird

280) So wird auch in der Literatur (Fußnote 278 auf S. 166) bei der Prüfung der Lückenhaftigkeit in diesem Verkaufssystem erst auf den Zeitpunkt abgestellt, in dem die Verbraucher den zweigleisigen Vertrieb durchschauen.

280a) unten § 8, S. 189 ff.

eine regionale Preisspaltung jedoch zur Vernichtung schwacher Konkurrenz mit begrenztem Absatzgebiet eingesetzt, so ist sie als mißbräuchliche Ausnutzung der vP anzusehen. Die vP kann in diesem Fall nach § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB von der Kartellbehörde für unwirksam erklärt werden. Entsprechendes gilt, wenn nur im Einflußgebiet einzelner Vertriebsstellen der Konkurrenz die gebundenen Preise herabgesetzt werden.

Eine andere Form der Preisspaltung tritt beim zweispurigen Verkauf auf. Bei dieser Erscheinungsform der Preisspaltung wird die für einen Teil der vom Preisbinder produzierten Ware eingeführte vP mißbräuchlich gehandhabt.

§ 8: Die bewußt lückenhaft gehaltene vertikale Preisbindung

- I. Abschließend soll das Problem untersucht werden, welche Bedeutung die bewußt herbeigeführte Lückenhaftigkeit eines Preisbindungssystems für die Anwendung des § 17 GWB besitzt.

Die Lückenhaftigkeit einer vP kann auf verschiedene Weise eintreten. Das System einer vP kann schon von Anfang an durch bewußtes Verhalten des Preisbinders lückenhaft eingeführt werden. Das ist der Fall, wenn der Markenartikel-Hersteller einige belieferte Händler vertraglich zur Einhaltung eines festgesetzten Wiederverkaufspreises verpflichtet, daneben aber anderen Händlern den Vertrieb seines Erzeugnisses zu beliebigen Preisen freistellt. Es kann aber auch sein, daß Unterpreisverkäufe gebundener Händler vom Preisbinder generell geduldet oder daß Verstöße gegen den Preisbindungsvertrag unterschiedlich geahndet werden. Dann wird das zunächst lückenlos eingeführte Preisbindungssystem erst im Verlauf seiner Durchführung durchbrochen und damit u. U. lückenhaft. Am Beispiel einer so durchgeführten vP deutet das Bundeskartellamt im Tätigkeitsbericht 1959 an, daß bewußt lückenhaft gehaltene vP unter Umständen einen Mißbrauch der vP darstellen und nach § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB zu beanstanden sind. Weiterhin wirft das Bundeskartellamt in seinem Bericht die Frage auf, ob der Beweis für eine ungerechtfertigte Verteuerung der preisgebundenen Waren (§ 17 Abs. I, Ziff. 3 GWB) darin erblickt werden kann, daß Händler längere Zeit hindurch eine Markenware weit unter dem gebundenen Preis mit angemessenem Betriebsgewinn verkaufen. Das Bundeskartellamt nimmt allerdings zu diesen Fragen nicht abschließend Stellung, weil die von Amts wegen eingeleiteten Untersuchungen über Marktlage, Gestehungskosten und gebundene Spannen im Zeitpunkt der Berichterstattung noch nicht abgeschlossen waren.²⁸¹⁾ Auch dieser Fall einer bewußt lückenhaft gehaltenen vP soll in der folgenden¹⁾ Untersuchung berücksichtigt werden.

281) BKA im Tätigkeitsbericht 1959 in BT-Drucks., 3. Wahlp. Nr. 1795, S. 37 r.

Bereits in anderem Zusammenhang wurde angedeutet, daß auch beim zweispurigen Verkauf einer Ware teils unter einer Marke zu gebundenem Preis, teils markenlos zu freien Preisen die vP lückenhaft sein kann.²⁸²⁾ Läßt sich dies nachweisen, so kann man auch im Fall des zweispurigen Vertriebs von einer bewußt lückenhaft gehaltenen vP sprechen, weil der Hersteller diese Verkaufsform mit teilweiser vP voller Berechnung wählt und durchführt. Damit rechtfertigt sich auch die Einbeziehung dieses Falles in die folgende Untersuchung.

Die angeführten Fälle bewußt lückenhaft gehaltener vP sollen vor allem daraufhin untersucht werden, ob die betreffenden Preisbindungssysteme mißbräuchlich gehandhabt werden und gemäß § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB beanstandet werden können. Auch dem Hinweis des Bundeskartellamtes auf § 17 Abs. I, Ziff. 3 GWB soll nachgegangen werden, soweit dies bei den allgemein gehaltenen Modellfällen ohne Zahlenmaterial möglich ist.

- II. Wenn untersucht werden soll, ob eine besonders gestaltete vP wegen Lückenhaftigkeit mißbräuchlich ausgenutzt wird, so muß die Lückenhaftigkeit einer derartigen vP feststehen. Das aber kann in der Praxis oft recht zweifelhaft sein. Die Frage, ob eine vP lückenhaft ist, wenn Spirituosen im Laden preisgebunden, im Lokal dagegen zu freien Preisen vertrieben werden, oder wenn ein Markenartikel-Hersteller sein Erzeugnis nur zum Teil unter der Marke preisgebunden vertreibt, läßt sich nicht ohne genauere Überlegungen beantworten. Es ist daher nötig, zunächst den Begriff der "Lücke im Preisbindungssystem" zu bestimmen. Erst danach können Fälle ausgesucht werden, an denen die kartellrechtliche Behandlung einer lückenhaften vP eingehender untersucht werden kann.

In der Regel ergibt sich die Lückenhaftigkeit einer vP bereits rein äußerlich aus objektiv ungleicher Behandlung der Händler beim Vertrieb des Markenartikels, etwa wenn nicht alle Händler gebunden werden oder ungebundene Händler ungestraft Unterpreisverkäufe vornehmen. Jedoch ist es fraglich, ob diese rein äußerliche Gleich- oder Ungleichmäßigkeit für vorhandene oder fehlende Lückenlosigkeit allein ausschlagge-

282) oben S. 16^e ff.

gebend sein darf. Es erscheint notwendig, auch subjektive Gesichtspunkte, etwa die Zumutbarkeit des Festhaltens vertragstreuer Händler an der vP oder das Bemühen des Herstellers um Aufrechterhaltung seiner vP, zu berücksichtigen. Im folgenden soll eine genauere Klärung dieser Fragen versucht werden.

Bei dem Versuch, den Begriff der Lücke zu bestimmen, muß die systematische Stellung der "Lücke" im Recht der vP beachtet werden. Der Begriff der "Lücke" ist eine Zweckschöpfung der Rechtswissenschaft wie etwa der Begriff des Verwaltungsakts im Verwaltungsrecht. Er besitzt keine selbständige Bedeutung, sondern ist geschaffen worden, um vertragstreuen Händlern rechtliche Möglichkeiten zur Lösung von einer nicht mehr zumutbaren Bindung zu geben.²⁸³⁾ Nur in diesem Zusammenhang hat die Lückenhaftigkeit der vP wettbewerbsrechtliche Bedeutung.²⁸⁴⁾ Wollte man das Vorliegen einer Lücke stets rein objektiv aus der Tatsache ungleicher Ein- oder Durchführung der vP folgern, so würde die Unzumutbarkeit des Festhaltens vertragstreuer Händler an der vertraglichen Bindung logisch erst für die Frage bedeutsam werden, welche zivilrechtlichen Rechtsfolgen man einer objektiv festgestellten Lückenhaftigkeit beimessen soll. Der Begriff der Lücke wäre das Primäre, die Tatsache der Unzumutbarkeit einer Einhaltung der vP durch gebundene Händler nur das Sekundäre. Es wäre dann der Fall denkbar, daß man eine Lücke im Preisbindungssystem annehmen müßte, aber dennoch alle Händler weiterhin an die lückenhafte vP gebunden wären.²⁸⁵⁾ Diese Bewertung würde der Lücke ein falsche systematische Bedeutung im Recht der vP zumessen. Eine solch selbständige Stellung kann der Lücke nicht zukommen, weil sie keinen Sinn und praktischen Wert besitzt.

283) Positiv durch Kündigung oder negativ, indem der Anspruch des Preisbinders auf Einhaltung des Vertrages zurückgewiesen wird.

284) Die kartellrechtliche Bedeutung von Lücken für § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB kann in diesem Zusammenhang unberücksichtigt bleiben. Der Begriff der Lücke war bereits vor Entstehung des GWB zivilrechtlich festgelegt. Die Wirkung einer nach den überkommenen Maßstäben festgestellten Lückenhaftigkeit auf § 17 GWB soll in diesem Paragraphen gerade untersucht werden.

285) z. B. wenn die vP zwar objektiv unterschiedlich gehandhabt wird, aber für die Händler daraus keine ungleiche Wettbewerbslage entsteht. Das Festhalten an der vP kann ihnen dann zugemutet werden.

Wenn man den Begriff der Lücke ohne Berücksichtigung der Zumutbarkeit eines Festhaltens der Händler an der vP festlegt, ergeben sich noch weitere Schwierigkeiten. Die Händlerabnehmer könnten dann befürchten, daß man auch bei einer Situation, die ihnen das Festhalten an der eingegangenen Bindung unzumutbar erscheinen läßt, das Vorliegen einer Lücke verneint und ihnen auf diesem Umweg die Rechtsbehelfe zum Lösen der untragbaren Bindung abschneidet. In dieser Lage würden viele vorsichtige Händler die Unterzeichnung eines Reverses verweigern. Die Institution der vP hätte dann häufig nur mehr theoretischen Wert. Dies alles zeigt, daß es richtiger ist, den Begriff der Lücke in einem Preisbindungssystem danach zu bestimmen, ob den gebundenen Händlern aus Wettbewerbsgesichtspunkten ein Festhalten an der Reversverpflichtung noch zumutbar ist oder nicht. Werden vertragstreue Händler beim Vertrieb eines Artikels im Wettbewerb mit anderen Händlern spürbar benachteiligt, so muß die Lückenlosigkeit der vP verneint werden.

Bei dieser Begriffsbestimmung wird sich allerdings die Grenze zwischen lückenhafter und lückenloser vP gelegentlich schwer ziehen lassen. Denn die Frage, ob zwischen den Händlern, welche den Markenartikel vertreiben, eine spürbar ungleiche Wettbewerbslage besteht und ob einigen von ihnen daher ein Festhalten an der vP nicht zumutbar ist, läßt sich in der Praxis häufig nur schwer beantworten. Bei dieser Abgrenzung kann auf die Ergebnisse zurückgegriffen werden, welche Rechtsprechung und Rechtslehre für die Fälle erarbeitet haben, in denen im Zusammenhang mit § 1 UWG die Zumutbarkeit des Festhaltens gebundener Händler an einer vP problematisch wurde. So kann bei einem vereinzelt Verstoß gegen die vP nicht von den Händlern geltend gemacht werden, ein Festhalten an der vP sei ihnen unzumutbar.²⁸⁶⁾ Dem Preisbinder muß auch ein gewisser Zeitraum gewährt werden, in dem er sein Bindungssystem bis zur Lückenlosigkeit vervollständigen kann.²⁸⁷⁾ Zwar kann ein Hersteller, der einen neuen Artikel auf den Markt bringt, von Anfang an alle belieferten Händler gleichmäßig durch Reverse zur Einhaltung einheitlicher Preise verpflichten. In dem anderen Fall, in dem ein Markenartikel-Hersteller von freien Preisen zur Preisbindung über-

286) RGZ Bd. 151, S. 239 ff (256)

287) OLG Hamm in MA 1954, S. 463

geht, ist es ihm aber technisch unmöglich, mit allen belieferten Händlern zugleich die vP zu vereinbaren. Erst bei neuer Belieferung kann ein Preisbindungsvertrag geschlossen werden. Bis dahin vergeht je nach dem Zeitraum zwischen den Lieferungen bei jedem Händler verschieden lange Zeit. Hier ist es den bereits gebundenen Händlern zuzumuten, kurzfristig eine ungleiche Wettbewerbslage gegenüber den noch freien Händlern zu ertragen. Wenn dieses Anfangsstadium der unvermeidbaren und daher unbeachtlichen Ungleichbehandlung der Händler aber überschritten ist und in erheblichem Umfang weiterhin nichtgebundene Händler vom Preisbinder beliefert werden, so läßt die ungleiche Wettbewerbslage ein Festhalten der gebundenen Händler an der vP als unzumutbar erscheinen. Dann wird die vP lückenhaft.²⁸⁸⁾ Ebenfalls ist den Händlern, wenn ein gebundener Mitbewerber gegen die vP verstößt, eine kurze Zeit hindurch zuzumuten, den aus einer solchen Preisunterbietung vielleicht entstehenden wettbewerblichen Nachteil zu tragen. Dem Preisbinder muß vor Verfolgung der Preisverstöße nämlich eine gewisse Zeit zur Überprüfung des Sachverhalts eingeräumt werden.

Ob eine Lücke im Preisbindungssystem anzunehmen ist, entscheidet sich also stets danach, ob im konkreten Einzelfall eine fühlbar ungleiche Wettbewerbslage zwischen den am Vertrieb eines Markenartikels beteiligten Händlern besteht und es für sie deshalb nicht länger zumutbar ist, die vP weiter einzuhalten.

Ein weiterer Gesichtspunkt für die Bestimmung des Begriffs der Lücke kann sich daraus ergeben, in welchem Maß sich der Preisbinder um die umfassende Ein- und Durchführung seiner vP bemüht. Diese subjektive Einstellung des Markenartikel-Herstellers darf zur Beantwortung der Frage nach der Lückenlosigkeit einer vP jedoch nur in ganz bescheidenem Maße herangezogen werden. Die Bemühungen des Preisbinders um Einführung und Aufrechterhaltung seines Bindungssystems müssen stets im Zusammenhang mit der Zumutbarkeit des Festhaltens gebundener Händler an der vP betrachtet werden. Wenn ein Preisbinder sich um die Einführung einer vP bemüht, so kann das Maß dieser Bemühungen für das Festhalten der bereits gebundenen Händler an der vP bedeutsam werden. Verpflichtet der Hersteller

288) RGZ 133, S. 51 ff (61)

die noch nicht gebundenen Abnehmer bei der nächsten Gelegenheit zum Einhalten der gebundenen Preise, so müssen - wie schon dargelegt - die gebundenen Händler die ungleiche Wettbewerbslage in der Übergangszeit ertragen. Bemüht sich der Hersteller dagegen weniger intensiv darum, schnell alle belieferten Abnehmer gleichmäßig zu binden, liefert er so längere Zeit an ungebundene Händler, dann kann sich daraus für die gebundenen Händler eine Unzumutbarkeit zu vertragstreuem Verhalten ergeben. In diesem Zusammenhang hat die subjektive Einstellung des Preisbinders für die Bestimmung des Begriffs der Lücke somit keine selbständige Bedeutung.

Problematischer ist der Fall, daß sich ein Preisbinder nach besten Kräften bemüht, gegen Preisbrecher vorzugehen, aber dennoch häufige Preisverstöße nicht verhindern kann. Hier entsteht trotz größter Bemühungen seitens des Herstellers für die gebundenen Händler im Vergleich zu den Vertragsbrüchigen eine ungleiche Wettbewerbslage. Ihnen ist bald das Einhalten der gebundenen Preise nicht mehr zumutbar, da sie im Konkurrenzkampf sonst empfindlich benachteiligt werden. Dieser Fall zeigt, daß es für den Begriff der Lücke nicht entscheidend sein kann, ob der Hersteller sich um die Verhinderung und Verfolgung von Preisverstößen bemüht. Es kommt auf den Erfolg dieser Bemühungen an. Nur nach dem tatsächlichen Erfolg richtet es sich, ob es für vertragstreue Händler weiterhin zumutbar ist, an der vP festzuhalten.²⁸⁹⁾ Haben die Bemühungen des Preisbinders keinen durchschlagenden Erfolg, so müssen die Händler sich von den vorgeschriebenen Preisen lösen können. Daher ist in diesem Fall trotz der Bemühungen des Herstellers eine lückenhafte Durchführung des Bindungssystems anzunehmen. Es zeigt sich also, daß für das Vorliegen einer Lücke nur die Tatsache entscheidend sein kann, ob den gebundenen Händlern zuzumuten ist, an der vP auch in Zukunft festzuhalten. Die Bemühungen des Preisbinders um Einführung und Durchführung seiner vP können allein bedeutsam werden für die Frage, ob eine solche Zumutbarkeit gegeben ist oder nicht.

289) Dazu Baumbach-Hefermehl, zu § 1 UWG Anm. 282: "Gelingt es dem Hersteller allerdings innerhalb eines den gebundenen Abnehmern zumutbaren Zeitraums nicht mehr, seine vP wieder vollständig durchzusetzen, bricht das Preisbindungssystem zusammen".

Das Ergebnis der vorstehenden Begriffsbestimmung ist folgendes. Die Annahme einer Lücke im Preisbindungssystem kann nicht davon abhängig gemacht werden, ob rein äußerlich die belieferten Händler vom Preisbinder ungleich behandelt werden. Es kommt vielmehr darauf an, ob bei vP zwischen Händlern beim Vertrieb eines preisgebundenen Markenartikels eine ungleiche Wettbewerbslage besteht, so daß für einen Teil dieser Händler eine Festhalten an der vP unzumutbar wird. Nur dann ist das Preisbindungssystem lückenhaft.

III. Nachdem der Begriff der Lücke bestimmt ist, kann die kartellrechtliche Behandlung einer lückenhaften vP näher dargestellt werden.

1. Das Problem der Lückenlosigkeit einer vP besitzt seinen Schwerpunkt im Zivilrecht. Bei lückenhafter Ein- oder Durchführung eines Preisbindungssystems und bei Verstößen gegen die Bindungsvereinbarung ergeben sich zwischen Preisbinder und gebundenen Händlern bzw. Außensternern verschiedene Ansprüche aus dem allgemeinen Vertrags- und Deliktsrecht des BGB und aus den Normen des UWG. Mit diesen Rechtsbeziehungen, die hier nicht im einzelnen dargestellt werden sollen²⁹⁰⁾, haben sich die Gerichte häufig befaßt, und die Rechtslehre widmet ihnen umfangreiche Ausführungen. Im wesentlichen besteht in diesem zivilrechtlichen Bereich seit langem kein Streit mehr. Die von Rechtsprechung und Wissenschaft vertretenen Ergebnisse stimmen überein und werden allgemein anerkannt.²⁹¹⁾

Im Rahmen dieser Untersuchung interessiert vor allem, daß im Zivilrecht die Lückenlosigkeit lediglich als materielles Erfordernis für eine wirkungsvolle Durchsetzung der vP angesehen wird. Ohne gedankliche und praktische Lückenlosigkeit wird einem Preisbindungssystem kein Rechtsschutz gewährt. Das System als solches bleibt aber nach dieser überkommenen Lehre bestehen und hört nicht etwa wegen der Durchbrechung im ganzen auf zu bestehen.

290) In Frage kommen vor allem vertragliche Ansprüche auf Unterlassung und Schadensersatz; dazu Ansprüche aus § 1004 BGB und bei Verschulden aus § 823 Abs. I BGB (Eingriff ins Unternehmen). Weiterhin sind in der Praxis wichtig die Ansprüche aus § 1 UWG i. V. mit § 13 Abs. I UWG.

291) Ausführliche Darstellungen mit Zitaten bei Schwartz in M-H-S, § 16 Anm. 58 ff; Baumbach-Hefermehl, zu § 1 UWG Anm. 293-324; Frankfurter Kommentar, Anhang 1 B zu § 16.

Nun ziehen Linhardt-Stöhr aus dem Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. II GWB den Schluß, daß die Lückenlosigkeit der vP unter dem neuen GWB eine kartellrechtliche Zulässigkeitsvoraussetzung des § 16 GWB sei.²⁹²⁾ Wenn dies richtig ist, so wird bei Lückenhaftigkeit einer vP der Tatbestand des § 16 GWB nicht erfüllt. Die lückenhafte vP muß dann wegen Fehlens einer Voraussetzung des § 16 GWB - eben der Lückenlosigkeit - nach § 17 Abs. I, Ziff. 1 GWB für materiell unwirksam erklärt werden. Die Frage der mißbräuchlichen Handhabung und damit die Anwendung des § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB würde bei einer derartigen kartellrechtlich unzulässigen vP überhaupt nicht problematisch.

Dieser Ansicht von der kartellrechtlichen Bedeutung der Lückenlosigkeit einer vP kann jedoch nicht zugestimmt werden. § 26 Abs. II GWB ist ein selbständiger Tatbestand im GWB, aus dem keine in § 16 GWB hineinzulesenden Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer vP bei Markenartikeln hergeleitet werden können.²⁹³⁾ Zudem kann es auch lückenhafte vP geben, bei deren Durchführung der Preisbinder nicht gegen § 26 Abs. II GWB verstößt.²⁹⁴⁾ Der Hinweis auf das Diskriminierungsverbot geht also fehl.

Wenn der Gesetzgeber der Lückenlosigkeit die von Linhardt-Stöhr angenommene kartellrechtliche Bedeutung beigemessen hätte, müßte aus Wortlaut oder Entstehungsgeschichte des § 16 GWB etwas darüber zu entnehmen sein. Das gilt umsomehr, als damit eine wesentliche Neuerung gegenüber dem Rechtszustand vor Inkrafttreten des GWB eingeführt worden wäre. § 16 GWB wurde als Ausnahmevorschrift in den Gesetzgebungsorganen und den beteiligten Interessengruppen gründlich diskutiert und nach reiflicher Überlegung endgültig formuliert. Trotz dieser eingehenden Gesetzgebungsarbeit bieten aber weder die umfangreichen Materialien zum GWB noch der Ge-

292) Linhardt-Stöhr in BB 1957, S. 1021 ff. (1023 unter II, 3); ihnen folgend Fikentscher, Preisempfehlung, S. 31; zustimmend auch Schwartz in M-H-S, § 16 Anm. 60. Wenig folgerichtig ist es dann aber, wenn Schwartz in M-H-S, § 17 Anm. 5 erläutert, daß eine mißbräuchliche Handhabung i. S. des § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB namentlich darin liegen könne, daß gegen das Prinzip der Lückenlosigkeit verstoßen werde. Der § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB gewinnt doch erst Bedeutung, wenn eine vP nach § 16 GWB wirksam entstanden ist.

293) Langen, § 16 Anm. IV vor 1.

setzestext die geringste Handhabe für die Annahme, die Lückenlosigkeit sei eine für die Zulässigkeit nach § 16 GWB wesentliche Voraussetzung der vP. Dazu kommt, daß es wirtschaftlich nicht erforderlich ist, eine lückenhafte vP bereits nach § 16 GWB für kartellrechtlich unzulässig zu halten. Die Interessen der beteiligten Hersteller und der gebundenen Händler sind durch die Ansprüche aus BGB und UWG hinreichend geschützt.²⁹⁵⁾ Es verbleiben somit nur mehr gesamtwirtschaftliche Belange. Zu ihrer Sicherung genügt eine Mißbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörde auf der Grundlage des § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB vollkommen. Auch wirtschaftsrechtliche Gesichtspunkte können daher nicht zur Begründung der Ansicht angeführt werden, daß die Lückenlosigkeit im GWB als kartellrechtliche Zulässigkeitsvoraussetzung der vP anzusehen sei. Die Lückenlosigkeit der vP bei Markenwaren kann nach alledem kein Begriffsmerkmal des § 16 GWB sein.²⁹⁶⁾

Damit ist jedoch nicht gesagt, daß der Lückenhaftigkeit einer vP kartellrechtlich überhaupt keine Bedeutung zukommt. Gerade wenn eine lückenhafte vP nach § 16 GWB kartellrechtlich zulässig und wirksam ist, wird die Frage der mißbräuchlichen Handhabung gemäß § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB aktuell. Man kann dem nicht ent-

294) Völp in WRP 1958, S. 353 ff (356 unter II, 2 a. E.). Wenn der Preisbinder z. B. Durchbrechungen des Systems generell duldet, wird kein Händler von ihm i. S. des § 26 Abs. II GWB unterschiedlich behandelt; die vP wird dann aber lückenhaft.

295) Die Hauptansprüche sind auf S. 175 in Fußnote 290 zusammengestellt.

296) So ausdrücklich Langen, § 16 Anm. IV vor 1; Völp in WRP 1958, S. 353 ff (356 unter II, 2); Mayer-Wegelin, § 16 Anm. 5. Diese Auffassung wird weiterhin dadurch gestützt, daß die einhellige Meinung in Rechtssprechung und Rechtslehre auch nach Inkrafttreten des GWB die zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten bei einer lückenhaften vP nach den überkommenen Grundsätzen beurteilt. Nirgends wird danach gefragt, ob die lückenhafte vP nicht etwa wegen Fehlens einer kartellrechtlichen Voraussetzung nach § 16 GWB materiell unzulässig ist. Der BGH führt im "Waldbaur"-Urteil (WuW 1958, S. 181 ff auf S. 191) im Zusammenhang mit der Bedeutung der Lückenlosigkeit aus: "Kartellrechtlich kann es nicht entscheidend darauf ankommen, in welcher Weise für ein Bindungssystem gesorgt werden muß, um es erfolgreich durchzusetzen".

gegenhalten, eine Unwirksamklärung der vP seitens der Kartellbehörde nach § 17 GWB sei überflüssig, weil eine lückenhafte vP von keinem Händler eingehalten zu werden brauche und so praktisch bereits wirkungslos sei. Die zivilrechtlichen Ansprüche der Beteiligten beziehen sich jeweils nur auf den einzelnen Preisbindungsvertrag. Bei Geltendmachung der Lückenhaftigkeit durch alle gebundenen Händler wird allerdings mittelbar auch das gesamte Preisbindungssystem praktisch zusammenbrechen. Es kann aber vorkommen, daß gebundene Händler, die den Markenwaren-Hersteller nicht als Lieferanten verlieren möchten, die Lückenhaftigkeit zivilrechtlich nicht geltend machen, sondern sich weiter an den Vertrag halten. Auch kann die Frage der Lückenlosigkeit in langwierigen Gerichtsverfahren durch mehrere Instanzen hindurch umstritten sein, so daß die Händler notgedrungen lange Zeit hindurch die Preisbindung einhalten müssen. Schließlich ist es denkbar, daß gebundene Händler, die vom Preisbinder auf Einhaltung der Preisbindungsverpflichtung verklagt werden, bei unklarer Rechtslage im Prozeß nachgeben, um Kosten zu sparen. In all diesen Fällen kann die Erklärung des Bundeskartellamts gemäß § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB klare Verhältnisse schaffen. Darüber hinaus ist zu beachten, daß die Kartellbehörde bei Prüfung der mißbräuchlichen Handhabung einer vP die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse von Amts wegen zu untersuchen und zu berücksichtigen hat, während im Zivilprozeß über die lückenhafte vP die Gerichte nur die Marktlage hinsichtlich der vorgetragenen Sachverhalte prüfen und nach dem Prinzip der formellen Wahrheit entscheiden. Auch schafft das zivilprozessuale Urteil nur Rechtskraft inter partes. Die Verfügung der Kartellbehörde wirkt dagegen unmittelbar gegenüber allen an der vP Beteiligten und Dritten²⁹⁷⁾; ihre Befolgung wird durch § 38 Abs. I, Ziff. 2 u. 4 GWB gesichert.

Die Mißbrauchsaufsicht nach § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB ist also im Fall der lückenhaften vP neben den zivilrechtlichen Behelfen der Beteiligten nicht überflüssig. Insoweit stehen die betreffenden Vertrags- und Deliktsrechtsvorschriften des BGB und UWG beziehungslos neben § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB.²⁹⁸⁾ Insoweit besitzt der Be-

297) Schwartz in M-H-S, § 17 Anm. 4.

298) Frankfurter Kommentar, Anhang 1 zu § 16; Langen, § 16 Anm. IX, 2.

griff der Lückenhaftigkeit einer vP seine selbständige kartellrechtliche Bedeutung. Aus diesem Zusammenhang erhebt sich die im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen interessierende Frage nach der Beurteilung einer bewußt lückenhaft gehaltenen vP gemäß § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB. Hier geht es nicht um die zivilrechtlichen Folgen der Lückenhaftigkeit, sondern um die mißbräuchliche Handhabung im Rahmen des Kartellrechts.

2. In der Rechtslehre wird einhellig die Meinung vertreten, eine bewußt lückenhaft gehaltene vP werde mißbräuchlich gehandhabt und könne nach § 17 Abs. I Ziff. 2 GWB für unwirksam erklärt werden.²⁹⁹⁾ Selbst Völp, der unter Verkenennung des Mißbrauchsbegriffs für die Eingriffsbefugnis gemäß § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB einen Schuldvorwurf gegenüber dem Preisbinder für erforderlich hält,³⁰⁰⁾ sieht eine bewußt lückenhaft gehaltene vP als Mißbrauch an.³⁰¹⁾ Die - nur vereinzelt zu findenden - Begründungen für diese Ansicht stellen darauf ab, daß bei Herbeiführung einer ungleichen Wettbewerbslage für die preisgebundene Markenware gegen den Grundsatz der gleichmäßigen und gerechten Behandlung aller Abnehmer verstoßen werde, das Preisbindungssystem somit nicht sachgerecht funktionieren könne und insoweit mißbräuchlich gehandhabt werde.³⁰²⁾ Gilt dies schon, wenn das preisbindende Unternehmen trotz guten Willens zur lückenlosen Durchführung der vP nicht in der Lage ist, so muß das Ergebnis erst recht in den Fällen bewußt lückenhaft gehaltener vP anwendbar sein.

Die Stellung der Rechtslehre zum Problem der mißbräuchlichen Ausnutzung einer lückenhaften vP ist also eindeutig. Die angeführte Begründung erscheint aber zu oberflächlich und ungenau, als daß sie das vertretene Ergebnis hinreichend stützen könnte. Vor allem die Verschiedenartigkeit der möglichen Fälle einer lückenhaften vP wird nicht genügend berücksichtigt.

299) Baumbach-Hefermehl, zu § 17 GWB Anm. 5, 8; zu § 1 UWG Anm. 280; Schwartz in M-H-S, § 17 Anm. 5; Summerer in Betrieb 1958, S. 476 ff (479); Droste in Betrieb 1958, S. 99 ff (102 unter VIIb); Rasch, § 17 Anm. 9 a. E.

300) Völp in WRP 1958, S. 353 ff (356)

301) Völp in WRP 1958, S. 353 ff (357 unter b)

302) Baumbach-Hefermehl, zu § 17 GWB Anm. 5; Schwartz in M-H-S, § 17 Anm. 5.

3. Eine eingehendere Untersuchung der Beziehungen zwischen Lückenhaftigkeit und Mißbrauch einer vP muß vom Begriff der mißbräuchlichen Handhabung i.S. des § 17 Abs.I, Ziff. 2 GWB ausgehen. Dabei ist der vom Gesetzgeber mit der Regelung der §§ 16, 17 GWB verfolgte Zweck zu beachten. Was unter mißbräuchlicher Handhabung einer vP zu verstehen ist, läßt sich nicht mit umfassender Gründlichkeit allgemein festlegen.^{302a)} Regelmäßig wird dieser Begriff durch kasuistische Aufzählung von Modellbeispielen erläutert. Es muß aber möglich sein, wenigstens grundlegende Züge des normativen Begriffs "mißbräuchliche Handhabung" in § 17 GWB mit allgemeiner Geltung aufzufinden. Entstehungsgeschichte und systematische Stellung des § 17 Abs.I, Ziff. 2 GWB können Anhaltspunkte für diese Bestimmung geben.

In § 17 Abs.I GWB wurde die Ziffer 2 erst im Laufe der Gesetzgebungsarbeit vom Wirtschaftspolitischen Ausschuß des Bundestages eingefügt. Im Regierungsentwurf war zunächst nur die Ziffer 3 der jetzigen Fassung vorhanden. Daraus ergibt sich, daß der Gesetzgeber in der zum Gesetz gewordenen Fassung mit Ziffer 2 solche Fälle erfassen wollte, die nicht bereits unter Ziffer 3 fielen. Eine mißbräuchliche Handhabung der vP braucht daher keineswegs immer mit Verteuerung und ungerechtfertigt überhöhten Preisen zusammenzuhängen, wenn auch gelegentlich Ziffer 2 und Ziffer 3 nebeneinander anzuwenden sind. Der Begriff der mißbräuchlichen Handhabung ist also unabhängig von § 17 Abs.I, Ziff. 3 GWB selbständig zu bestimmen.

Nach dem Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses wurde die allgemeine Fassung der Ziffer 2 in § 17 Abs.I GWB gewählt,

"um neben den bekannten Praktiken wie z.B. der Verknüpfung von Preis- und Vertriebsbindungen oder der kollektiven Anwendung durch horizontal sich zu diesem Zweck zusammenfindende Unternehmen auch alle die mißbräuchlichen Anwendungsformen zu erfassen, die etwa künftig entgegen dem Gesetzeszweck entwickelt und praktiziert werden." 303)

302a) Christl vertritt in BB 1960, S. 297 ff einen einheitlichen Begriff des Mißbrauchs für das gesamte GWB.

303) Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses in BT-Drucks., 2. Wahlperiode, Nr. 3644, S. 22.

Die im Ausschlußbericht angeführten Beispiele vermögen für eine allgemeine Begriffsbestimmung, wie sie hier versucht wird, nicht viel auszudrücken. Jedoch läßt sich vor allem aus dem letzten Teil der zitierten Begründung entnehmen, daß eine vP mißbräuchlich gehandhabt wird, wenn sie in einer dem Sinn und Zweck ihrer Zulassung in § 16 GWB widersprechenden Weise durchgeführt wird.

Dies ergibt sich auch aus der systematischen Stellung des § 17 Abs. I GWB. Die vP für Markenartikel wurde in § 16 GWB ausnahmsweise zugelassen. Sie soll nur in dem Rahmen angewendet werden, in dem sie für die Gesamtwirtschaft nach dem Zweck des gesamten GWB ohne Schaden hingenommen werden kann. Der Sinn und Zweck der ausnahmsweisen Zulassung muß also stets von einer vP erfüllt werden; zu gesetzesfremden Zwecken darf die Bindung nicht benutzt werden. Andernfalls wäre ihre Zulassung in § 16 GWB nicht mehr gerechtfertigt und das generelle Verbot des § 15 GWB müßte auch auf die vP bei Markenartikeln ausgedehnt werden. In § 17 GWB wurde daher vom Gesetzgeber eine Mißbrauchsaufsicht geschaffen, die über die Einhaltung des gesetzlichen Zwecks jeder nach § 16 GWB zulässigen vP zu wachen hat. Schließlich sei auf § 17 Abs. I, Satz 2 GWB hingewiesen. Dort ist nicht von mißbräuchlicher Handhabung, sondern von mißbräuchlicher Ausnutzung der vP die Rede. Ausnutzung wird dabei erkennbar als Synonym zu Handhabung in Satz 1 gebraucht. Wenn ein Preisbinder eine zulässige vP durchführt, um nur den vom Gesetzgeber mit der Zulassung in § 16 GWB als förderenswert anerkannten Zweck zu erreichen, so kann man nicht von einer mißbräuchlichen Ausnutzung der vP sprechen.

Eine vP wird nach alledem dann mißbräuchlich gehandhabt, wenn sie nicht den für ihre ausnahmsweise Zulassung ausschlaggebenden Zweck erfüllen soll, sondern gesetzesfremden Zwecken dient. Entscheidend ist dabei nicht die inhaltliche Eignung zu abträglichen Folgen wie in Ziffer 3, sondern die Handhabung, d. h. die Art und Weise der Durchführung und die Motivation der besonderen Ausgestaltung.

Bei der Entscheidung über die mißbräuchliche Handhabung i. S. des § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB muß die vP also daraufhin untersucht werden, wie sie sich in ihrer konkreten Gestaltung und Durchführung mit dem Zweck der ausnahmsweisen Zulassung einer vP für Markenwaren in § 16 GWB vereinbaren läßt.

- a) Als Ausgangspunkt für eine solche Untersuchung soll zunächst der Fall angenommen werden, daß ein Hersteller von Markenartikeln nur einen Teil der von ihm belieferten Händler die Verpflichtung zur Einhaltung bestimmter Preise für den Wiederverkauf seines Erzeugnisses auferlegt. Ein derartig ausgestaltetes Preisbindungssystem weist keine Lücken auf, soweit es reicht. Alle gebundenen Händler werden gleichmäßig verpflichtet. Bei der Entscheidung über die Lückenhaftigkeit einer vP müssen jedoch alle vom Preisbinder belieferten Abnehmer miteinander verglichen werden, hier also gebundene und freie Händler, die den Markenartikel des betreffenden Preisbinders vertreiben. Es muß geprüft werden, ob zwischen diesen Händlern durch das unterschiedliche Verhalten des Herstellers eine ungleiche Wettbewerbslage entsteht und sich daraus die Unzumutbarkeit des Festhaltens gebundener Händler an der vP ergibt. Dies ist zu bejahen für den Regelfall, daß alle Händler in ihrem Laden an die Kunden verkaufen. Wenn nichtgebundene Händler die festgesetzten Preise unterbieten, werden den gebundenen Mitbewerbern die Kunden fortgelockt. Um im Wettbewerb bestehen zu können, ist es für die vertragstreuen Händler wesentlich, ebenfalls die Preise für den betreffenden Markenartikel herabsetzen zu können. Das Preisbindungssystem wird bei dieser ungleichen Wettbewerbslage lückenhaft.³⁰⁴⁾

Anders liegt der Fall, wenn die gebundenen und freien Händler den betreffenden Markenartikel in so unterschiedlicher Form vertreiben, daß diese Händler gar nicht in Bezug auf die Wettbewerbslage miteinander verglichen werden können. Ein Beispiel dafür bietet der Vertrieb von Markengetränken in Ladengeschäften und Lokalen. Die Ladeninhaber werden von den Getränkeherstellern zur Einhaltung einheitlicher Festpreise verpflichtet, ebenso die Lokalinhaber für den Verkauf über die Theke, d.h. wenn sie die Getränke nach außerhalb abgeben. Von seinen Gästen darf jeder Lokalinhaber dagegen beliebige Preise für dieselben Markengetränke fordern, ihm wird insoweit keine vP auferlegt. Diese unterschiedliche Behandlung der Abnehmer kann nicht zur Lückenhaftigkeit der vP führen. Die Verbraucherschaft erkennt den Grund für die Preisunterschiede in Gaststätten und Ladengeschäften. Im Lokal

304) In der ersten Zeit nach Einführung einer vP ist den gebundenen Händlern allerdings die ungleiche Wettbewerbslage u.U. zuzumuten (vgl. oben S. 172).

müssen die für den Gast erbrachten Leistungen (Musik usw.) und die oft erheblichen Geschäftskosten vorwiegend aus dem Gewinn bestritten werden, den der Getränkeverzehr einbringt. Dadurch wird eine höhere Gewinnspanne erforderlich als beim Ladenverkauf derselben Getränke. Die unterschiedliche Preisstellung führt nicht zu einer ungleichen Wettbewerbslage zwischen Ladenhändlern und Lokalinhabern. In Gaststätten und Bars wird an die Gäste nur zum Verzehr innerhalb des Lokals zu freien Preisen geliefert. Holt sich jemand für einen Hausball den Sekt aus einer Bar statt aus einem Laden, so muß er den gebundenen Preis wie im Laden bezahlen. Wer also lediglich ein Getränk kaufen will, erhält im Lokal keinen Vorteil gegenüber dem Laden. Die Lokalinhaber können bei dieser Sachlage durch ihre freien Getränkepreise für sofortigen Verzehr den Ladenhändlern keine Käufer fortlocken. Im übrigen sind die Lokalpreise höher als die gebundenen Ladenpreise für dasselbe Markengetränk. Von Kundenfang durch Preisunterbietung kann hier überhaupt keine Rede sein. Die Ladenhändler haben also keinen Anlaß, sich aus Wettbewerbsgesichtspunkten gegen die unterschiedliche Einführung der vP zur Wehr zu setzen. Sie werden durch die freien Getränkepreise in den Lokalen überhaupt nicht im Wettbewerb um die Käufer der Markengetränke benachteiligt. Den Ladenhändlern ist es also zuzumuten, daß sie zur Einhaltung fester Preise verpflichtet sind, die Lokalinhaber gegenüber ihren Gästen aber nicht. Die unterschiedliche Einführung des Preisbindungssystems führt in diesem Fall nicht zur Lückenhaftigkeit des Bindungssystems.

Für die Untersuchung der kartellrechtlichen Zulässigkeit einer lückenhaft eingeführten vP eignet sich also nur der Fall, daß der Hersteller eines Markenartikels sein Erzeugnis an Händler mit gleicher Vertriebsart, z.B. Ladenhändler, abgibt und dabei nur einen Teil dieser Abnehmer zur Einhaltung fester Preise verpflichtet. Es bestehen hier Lücken, weil auch nichtgebundene Händler vom Hersteller beliefert werden und den Markenartikel zu beliebig niedrigen Preisen abgeben können. Im Wettbewerb mit diesen freien Konkurrenten werden die gebundenen Abnehmer spürbar benachteiligt.³⁰⁵⁾

305) VoIp in WRP 1958. S. 357 unter b: "Belieferung von nichtgebundenen Händlerabnehmern ist der typische Fall der nicht lückenlosen Einführung des Preisbindungssystems".

Ein Interesse des Preisbinders an solch einer lückenhaften Einführung kann in der Praxis vor allem bestehen, wenn Großabnehmer wie Warenhäuser oder Kantinen den Artikel nur unter der Bedingung in ihr Sortiment aufnehmen wollen, daß sie billiger als die übrigen Händler weiterveräußern dürfen. Die vP für Markenartikel wurde in § 16 GWB ausnahmsweise zugelassen, weil der einheitliche Preis für den Absatz von Markenwaren mit gleichbleibender Güte vorteilhaft ist und dem Markeninhaber behilflich sein kann, den Wert seiner Marke und seine erkämpfte Marktposition zu erhalten. In diesem Zusammenhang wird vor allem auf die psychologische Verknüpfung von Festpreis und Güte der Ware in der Vorstellung der Verbraucher hingewiesen.³⁰⁶⁾ Ein Markenpreis kann sich nur bilden und kann nur bestehen, wenn er allgemein gesichert ist. Das kann mit Hilfe einer vP erreicht werden.

Wenn nun ein Preisbindungssystem seinem praktischen Aufbau nach nur einen Teil der belieferten Abnehmer erfaßt, so ist für die allgemeine Einhaltung der vorgeschriebenen Preise nicht die erforderliche Gewähr gegeben. Die nichtgebundenen Händler können ihre Wiederverkaufspreise für den Markenartikel nach Belieben festsetzen. Damit wird das Interesse der gebundenen Händler an einer Ausschaltung des Konkurrenzdrucks durch vP verletzt. Die gebundenen Händler sind nicht vor Absatzschwierigkeiten sicher. Als zivilrechtliche Folge der Lückenlosigkeit ergibt sich, daß die gebundenen Händler wegen der ungleichen Wettbewerbslage unter Berufung auf die Unzumutbarkeit einer solchen Bindung von den übernommenen Preisbindungsverpflichtungen loskommen können.³⁰⁷⁾ Daraus erwächst die Gefahr, daß das lückenhaft eingeführte Preisbindungssystem völlig zusammenbricht und die Einheit des Markenpreises gänzlich verloren geht. Daneben aber verliert die Marke auch für die Verbraucher ihren Wert. Sie können bei lückenhafter Einführung der Festpreise nicht von einheitlichem Preis auf gleichbleibende Güte der Ware schließen. Ihr Interesse daran, nicht erst die billigste Bezugsquelle suchen zu müssen, wird durch eine vP nicht erfüllt, wenn die Händler unterschiedlich gebunden werden. Viele Verbraucher werden deshalb in dieser Situation einen anderen Markenartikel der gleichen Art vorziehen, des-

306) Amtliche Begründung zum Reg. -Entwurf in BT-Drucks. 1. Wahlperiode, Nr. 3462, S. 30.

307) Im einzelnen dazu Baumbach-Hefermehl, zu § 1 UWG, Anm. 299.

sen Preisbindungssystem keine Lücken aufweist. Der Absatz des betreffenden Markenartikels wird also gefährdet, wenn die Einheitlichkeit der gebundenen Preise nicht gewährleistet ist. Damit wird zugleich auch der Wert der Marke bedroht.

Dies alles zeigt, daß eine lückenhaft eingeführte vP nicht geeignet ist, zum Schutz des Markenwerts wirksam beizutragen, wenn auch die unterschiedliche Behandlung der Händlerabnehmer zunächst den Absatz steigern kann.

Nun könnte man argumentieren, § 16 GWB bezwecke den Markenschutz nur im Interesse des Markeninhabers, so daß es diesem freistehen müsse, auf den Schutz zu verzichten und seine Interessen durch lückenhafte Einführung der vP zu verletzen. Damit würde jedoch der Sinn und Zweck des § 16 GWB verkannt. Die vP ist für Markenartikel ausnahmsweise zugelassen worden, weil für den Hersteller einer Markenware eine besondere Situation besteht. Er hat seine Marke bekannt gemacht und garantiert die gleichbleibende Güte der Ware, die mit einem auf ihn hindeutenden Herkunftszeichen versehen ist. Oft kann eine vP wesentlich dazu beitragen, den Wert der Marke zu erhalten. Daher wird es durch § 16 GWB dem Markenartikel-Hersteller mit Rücksicht auf seine besondere Lage ermöglicht, von diesem Hilfsmittel Gebrauch zu machen. Wenn ein Markeninhaber sich aber zur Einführung einer vP für sein Erzeugnis entschließt, so muß er das Bindungssystem so gestalten, daß wirklich ein Schutz der Marke erreicht wird. Nur soweit will § 16 GWB die vP für Markenartikel als Ausnahme vom generellen Verbot vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen bereitstellen. Der Markeninhaber darf die Einrichtung der vP nicht dazu benutzen, ohne Rücksicht auf bleibenden Wert seiner Marke für den Augenblick den größtmöglichen Gewinn aus dem Verkauf seines Erzeugnisses zu erzielen. Kann die vP objektiv infolge ihrer konkreten Ausgestaltung zum Schutz des Markenwerts nicht beitragen, so wird sie durch § 16 GWB nicht gerechtfertigt. Die vP muß daher vom Preisbinder so eingeführt werden, daß die tatsächlich den Schutz seiner Marke gewährleisten hilft. Wenn der Preisbinder mit der besonderen Ausgestaltung der vP andere Interessen verfolgt, so wird die Einrichtung der vP von ihm mißbraucht.³⁰⁸⁾

308) Den Interessen der Händler und Verbraucher an einer vP kommen in diesem Zusammenhang keine selbständige Bedeutung zu. § 16 GWB will diese Interessen nicht schützen. Jedoch hängt der Wert einer

Im hier untersuchten Fall wurde oben nachgewiesen, daß die bewußt lückenhafte Einführung der vP nicht zum Schutz des Markenwerts beiträgt. Die Lückenhaftigkeit führt im Gegenteil zu Preisdifferenzierungen, welche den Wert der Marke gefährden. Gerade um derartige Preisunterschiede auf der Händlerstufe zu verhindern, will § 16 GWB dem Preisbinder die vP für Markenartikel zur Verfügung stellen. Eine bewußt lückenhaft eingeführte vP widerspricht also klar dem Sinn und Zweck des § 16 GWB. Sie wird vom Preisbinder mißbräuchlich gehandhabt.³⁰⁹⁾ Ob der Preisbinder mit der ungleichen Behandlung der Abnehmer besondere Interessen wie z.B. die Steigerung seines Absatzes verfolgt, ist insoweit bedeutungslos. Allerdings wird das Bundeskartellamt, bevor es die vP nach § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB für unwirksam erklärt, den Preisbinder gemäß § 17 Abs. II GWB auffordern, die Lückenhaftigkeit zu beseitigen.

Wenn die nicht gebundenen Händler den Markenartikel wesentlich unter dem festgesetzten Markenpreis verkaufen und dabei noch ausreichenden Gewinn erzielen, so kann diese Tatsache auch beweisen, daß die vP dazu geeignet ist, das Sinken der in ihrer Höhe durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse nicht gerechtfertigten gebundenen Preise zu verhindern. Eindeutig läßt sich ohne Untersuchung der Marktverhältnisse, vor allem des Verhältnisses von Angebot und Nachfrage sowie der Handelsspannen und Gewinnbeträge, aber nicht entscheiden, ob ein Eingreifen der Kartellbehörde nach § 17 Abs. I, Ziff. 3 GWB in Betracht kommt. Der ausreichende Gewinn bei niedrigem Preis sagt für sich allein nichts aus. Die nicht gebundenen Händler können wirtschaftlich besonders günstig gestellte Großabnehmer sein, während die große Masse der Händler bei freier Preisbildung nicht so billig verkaufen könnte. Bei überhöhter Nachfrage und bei hohem Lohnindex kann auch ein hoher Preis nach den gesamtwirtschaftlichen Verhältnissen gerechtfertigt sein. Eine generell verbindliche Entscheidung über die

Forts. d. Anm. 308)

Marke wesentlich davon ab, wie die Händler und Verbraucher den preisgebundenen Artikel schätzen und bereit sind, zum Vertrieb bzw. zur Abnahme beizutragen. Daher muß eine vP die Interessen dieser Beteiligten erfüllen, wenn sie den Absatz und damit den Wert der Marke wirksam sichern soll.

- 309) Im übrigen verstößt der Preisbinder bei Einführung einer lückenhaften vP auch gegen das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. II GWB.

Anwendung des § 17 Abs. I, Ziff. 3 GWB bei lückenhaft eingeführter vP kann daher in dieser allgemeinen Untersuchung abstrakter Modellfälle nicht getroffen werden.

- b) Eine vP, die lückenlos eingeführt ist, kann auch im Verlauf ihrer Durchführung lückenhaft werden. Verstoßen zahlreiche Händler erheblich gegen die übernommene Verpflichtung zur Einhaltung des festgesetzten Preises und läßt der Hersteller diese Durchbrechungen längere Zeit hindurch ungestraft zu, so wird das Preisbindungssystem lückenhaft,³¹⁰⁾ Das gleiche gilt, wenn der Preisbinder zwar gelegentlich einige der Verstöße gegen seine vP ahndet, dabei aber nicht gleichmäßig und streng vorgeht, so daß die unterschiedliche Wettbewerbslage auf der Handelsstufe nicht beseitigt wird und weiterhin Unterschreitungen des Festpreises vorkommen. Hier folgt die nachträgliche Lückenhaftigkeit nicht automatisch aus dem Rechtsbruch der Händler, sondern erst aus der Untätigkeit bzw. aus dem ungleichmäßigen Verhalten des Preisbinders. Der Verstoß als solcher wäre für die Lückenlosigkeit unschädlich, wenn der Preisbinder unverzüglich mit Erfolg alle erforderlichen Maßnahmen trafe, um künftige Unterpreisverkäufe zu unterbinden. Dann wäre nämlich den vertragstreuen Händlern ein Festhalten an der vP zuzumuten, weil bald wieder eine konforme Wettbewerbslage hergestellt wäre. Die sekundäre Lückenhaftigkeit des Systems beruht also hauptsächlich auf der lockeren und unterschiedlichen Überwachung der vP durch den Markeninhaber. Das berechtigt dazu, hier von bewußt lückenhaft gehaltener vP zu sprechen, wie es das Bundeskartellamt im Tätigkeitsbericht 1959 tut.

Auch in diesem Fall einer bei der Durchführung der vP auftretenden Lückenhaftigkeit geht die Einheitlichkeit des Markenpreises verloren, weil der Markenartikel von den Rechtsbrechern unter dem festgesetzten Preis verkauft wird. Die vP sichert bei derartiger Durchführung nicht mehr wirksam den auf einheitlichem Preis beruhenden Ruf des Markenartikels und den Wert der Marke. Dazu

310) Dazu oben S. 172 ff; vgl. auch RGZ Bd. 133, S. 51 ff (61).

kommt auch hier, daß die lückenhafte vP nicht mehr sachgerecht funktioniert und die einheitliche Festsetzung des Markenpreises bald völlig hinfällig wird, weil auch die redlichen Händler sich von der unzumutbaren Bindung lösen.

Ein solches Preisbindungssystem, das in seiner Durchführung nicht den auf Erhaltung des Markenwerts gerichteten Schutzzweck des § 16 GWB erfüllen kann, sondern durch das Verhalten des Preisbinders gerade diesen Gesetzeszweck gefährdet, kann nicht gebilligt werden. Es wird mißbräuchlich gehandhabt. Die Kartellbehörde kann daher ein solches bewußt lückenhaft durchgeführtes Preisbindungssystem nach § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB für unwirksam erklären, wenn der Preisbinder nach Aufforderung gemäß § 17 Abs. II GWB die Preisverstöße nicht unverzüglich mit allen gesetzlichen Mitteln verfolgt und künftige Preisunterbietungen wirksam verhindert.³¹¹⁾

Auch bei lückenhaft durchgeführtem System kommt eine Beanstandung der vP nach § 17 Abs. I, Ziff. 3 GWB in Betracht, wenn die vertragsbrüchigen Händler den Markenartikel billiger als vorgeschrieben mit beträchtlichem Gewinn verkaufen. Auch hier kann jedoch ein eindeutiges Ergebnis nicht herausgestellt werden, weil der untersuchte Modellfall zu allgemein gehalten ist. Die ohne Ziffern vorgegebenen Preisunterschiede und die bloße Tatsache einer ausreichenden Gewinnspanne bei Unterschreitung der gebundenen Preise reichen allein nicht aus, um eine Beanstandung nach § 17 Abs. I, Ziff. 3 GWB für zulässig zu erklären. Wenn sich aus den gesamtwirtschaftlichen Verhältnissen allerdings ergibt, daß der gebundenen Preis durch die vP künstlich hochgehalten wird und ein marktgerechter Preis sich ohne vP wesentlich niedriger einpendeln würde, so kann eine Unwirksamkeitserklärung auch auf § 17 Abs. I, Ziff. 3 GWB gestützt werden.³¹²⁾

311) Wenn die ernstlichen Bemühungen des Preisbinders um künftige Vermeidung von Preisverstößen ohne Erfolg bleiben, wird das Preisbindungssystem zwar auch lückenhaft (dazu oben S. 173/174). Ob man dann jedoch von einem Mißbrauch der vP durch den Preisbinder sprechen kann, erscheint recht zweifelhaft. Da es sich dann aber nicht um eine bewußt lückenhafte Durchführung der vP handelt, soll diesen Zweifeln im Rahmen dieser Untersuchung nicht nachgegangen werden.

312) Dabei sind im vorliegenden Fall besonders zu berücksichtigen: Die wirtschaftliche Lage aller am Absatz des Markenartikels be-

- c) Abschließend soll der Fall untersucht werden, daß ein Markenartikel-Hersteller für den Vertrieb seines Erzeugnisses die zweispurige Verkaufsform wählt und dabei markierte und markenlose Ausführung auf getrennten Absatzwegen in den Handel bringt. Dieser Fall wurde bereits in anderem Zusammenhang auf seine Bedeutung für § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB hin geprüft.³¹³⁾ Hier soll nur die Frage interessieren, ob in dieser Verkaufssituation auch von mißbräuchlicher Handhabung einer bewußt lückenhaft gehaltenen vP gesprochen werden kann.

Es handelt sich dabei nicht allein um das Problem des Mißbrauchs eines eindeutig lückenhaften Systems. Vielmehr ist beim zweigleisigen Verkauf schon sehr problematisch, ob überhaupt Lücken im Preisbindungssystem bestehen. Diese Frage muß zunächst geklärt werden; erst nach ihrer positiven Beantwortung wird die Frage der mißbräuchlichen Handhabung aktuell.

Beim zweispurigen Vertrieb wird nur ein Teil der produzierten Ware unter der Marke des Herstellers preisgebunden vertrieben. Für den gesamten Marktanteil dieser markierten Ausführung wird die vPein-geführt. In sich ist das Bindungssystem gedanklich und praktisch lückenlos, weil alle Händler, welche die markierte Ware in ihr Sortiment aufnehmen, zur Einhaltung des einheitlichen Markenpreises vertraglich verpflichtet sind. Zwischen diesen Händlern besteht hinsichtlich des gebundenen Markenartikels keine ungleiche Wettbewerbslage. Der Hersteller behandelt alle gebundenen Händlerabnehmer gleichmäßig.

Der Schluß aus dieser Tatsache auf die Lückenlosigkeit der vP wäre jedoch voreilig. Allerdings entsteht eine Lücke im Preisbindungssystem im Normalfall bei ungleichmäßiger Ein- oder Durchführung

Forts. d. Anm. 312)

teiligten Händler zur Feststellung der tatsächlichen Gewinnspannen; das Verhältnis zwischen Angebot und Nachfrage auf dem Markt des betreffenden Artikels, weil davon die Höhe des sich nach Aufhebung der vP frei bildenden Preises abhängt; Lebensstandard und Lohnindex der Verbraucher, weil diese Faktoren mit darüber entscheiden, ob der gebundene Markenpreis ungerechtfertigt überhöht ist.

313) Oben in § 7, S. 157 ff, insbesondere S. 161 ff.

der vP. Dann wird der preisgebundene Artikel unter der Marke zu verschiedenen Preisen angeboten. Die Preisdifferenzen veranlassen die Käufer zur Bevorzugung der billigen Einkaufsstätten, so daß für die am Vertrieb beteiligten Händler eine ungleiche Wettbewerbslage entsteht. Der zweispurige Verkauf, wie er z.B. in der Strumpf-industrie zu beobachten war, weist gegenüber diesem Normalfall den erheblichen Unterschied auf, daß die vP nicht ungleichmäßig ein- oder durchgeführt wird. Nur ein Teil der Produktion wird als Markenartikel verkauft. Für diesen Teil ist überall ein einheitlicher, durch vP gesicherter Preis festgesetzt. Bezüglich des Markenartikels liegt also überhaupt keine objektiv ungleiche Behandlung der beliebigen Händler vor. Der andere Teil der Produktion wird zwar ohne Markenpreis und ohne vP vertrieben, aber dieser Teil kommt gar nicht unter der Marke auf den Markt. Die Preis- und Bindungsunterschiede zwischen markierter und markenloser Ausführung können also nicht dazu führen, hier eine objektiv ungleichmäßige Ein- oder Durchführung der vP anzunehmen.

Da aber die Lückenlosigkeit eines Preisbindungssystems nicht von der objektiven Ungleichmäßigkeit der vP abhängt, ist es nicht von vornherein als unmöglich von der Hand zu weisen, daß beim zweispurigen Vertrieb die vP lückenhaft sein kann. Entscheidende Bedeutung bei der Prüfung der Lückenlosigkeit hat vielmehr - wie oben dargelegt ³⁴¹⁾ - der Gesichtspunkt der ungleichen Wettbewerbslage zwischen den Händlern. Folgt aus dieser ungleichen Lage für einen Teil der Händler die Unzumutbarkeit eines Festhaltens an der vP, so ist das Bindungssystem lückenhaft.

Betrachtet man die vP beim zweispurigen Verkauf für sich allein, so kann man keine ungleiche Wettbewerbslage zwischen den beteiligten Händlern feststellen. Alle preisgebundenen Händler verkaufen die markierte Ausführung zum einheitlichen Markenpreis, keiner von ihnen wird aus Preisgesichtspunkten von den Verbrauchern vorgezogen. Stellt man aber auf den gesamten Markt der zweispurig vertriebenen Ware ab, so ergibt sich eine andere Situation. Die markenlose Ausführung weicht im Preis erheblich vom gebundenen Preis der markierten Ausführung ab. Solange die Kunden die Gleichwertig-

341) oben S. 170 ff.

keit der unterschiedlichen Ausführungen nicht erkennen, besteht allerdings keine unterschiedliche Wettbewerbslage hinsichtlich desselben Artikels auf der Händlerstufe. Den gebundenen Händlern ist ein Festhalten an der vP weiterhin zumutbar. Wenn ein Kunde auf Qualität Wert legt, so kauft er nur die markierte Ausführung in dem Glauben, die Marke kennzeichne die einmalige Güte. Kommt es dem Verbraucher dagegen nicht auf besondere Qualität an, so bevorzugt er vernünftigerweise die billigere markenlose Ausführung. Im Urteil des Konsumenten handelt es sich bei den unterschiedlichen Ausführungen derselben Ware eben nicht um gleichwertige Artikel. Keiner der Händler zieht daher dem Konkurrenten aus Preisgesichtspunkten die Kundschaft fort, sondern gebundener und freier Händler haben bestimmte, voneinander getrennte Kundenkreise. Die Lage ändert sich aber völlig, wenn die Verbraucher die Täuschung beim zweispurigen Verkauf durchschauen, d. h. markierte und markenlose Ausführung als qualitativ gleichwertige Erzeugnisse derselben Produktion erkennen. Von diesem Augenblick an bevorzugen die vernünftigen Käufer den Händler, der die markenlose billige Ware anbietet. Die gebundenen Händler können die markierte Ausführung dann nicht mehr zu dem hohen Festpreis absetzen, den der Preisbinder ihnen vorgeschrieben hat.

Man könnte nun argumentieren, eine derartige Wettbewerbslage entstehe doch häufig, wenn ein Markenwaren-Hersteller die Preise für sein Erzeugnis vertikal binde und daneben gleichartige Artikel anderer Herkunft zu niedrigeren Preisen erhältlich seien. In diesem Fall könne sich der Händler auch nicht auf die Lückenhaftigkeit des Preisbindungssystems berufen.

Die Schlußfolgerung in diesem Argument ist zweifellos richtig. Der gebundene Händler kann ja auch den preisfreien Artikel in sein Sortiment aufnehmen, so daß die Konkurrenz der gleichartigen Artikel auf die Herstellerstufe beschränkt wird. Kann oder will der betreffende Händler diesen Schritt nicht tun, so entsteht zwar neben dem Herstellerwettbewerb auch eine Konkurrenz der gleichartigen Artikel auf der Händlerstufe. Diese ist aber im Wirtschaftsleben nicht außergewöhnlich und jedem Händler wettbewerbsrechtlich zuzunutzen. Die vP soll nur die Preiskonkurrenz der Händler bezüglich des preisgebundenen Artikels ausschließen. Für die Frage der Lückenlosigkeit einer vP darf nur die Wettbewerbslage beim Vertrieb dieses einen Artikels

berücksichtigt werden. Das Wettbewerbsverhältnis des gebundenen Markenartikels zu Waren anderer Hersteller ist in diesem Zusammenhang bedeutungslos. Der Fall des zweispurigen Verkaufs stimmt aber bereits in den Voraussetzungen nicht mit dem angeführten Vergleichsfall überein. Beim zweigleisigen Vertrieb handelt es sich bei den konkurrierenden Waren um Erzeugnisse desselben Herstellers. Diese stehen nicht im Verhältnis der Gleichartigkeit, sondern der Identität zueinander. Bevor die Käufer das zweispurige Verkaufssystem durchschauen, halten sie zwar die beiden Ausführungen für verschiedene Waren; dann ist eine ähnliche Situation gegeben, als wenn markierte und anonyme Artikel verschiedener Hersteller miteinander konkurrieren. Sobald die Verbraucher aber den zweigleisigen Absatz erkannt haben, sehen sie die beiden Ausführungen richtig als eine Ware an. Dann ist wirtschaftlich die gleiche Situation gegeben, als wenn ein Hersteller sein Erzeugnis unter der Marke generell preisgebunden vertreibt, aber einzelnen Händlern keine Preisbindung auferlegt. Die Tatsache unterschiedlicher Markierung kann den aufgeklärten Käufer nicht mehr zur Bevorzugung der markierten Ausführung verleiten. Durch sein Verkaufssystem schafft der Markeninhaber also eine Marktlage, in der die gebundenen Händler im Wettbewerb um den Absatz des Artikels stark benachteiligt werden, sobald die Verbraucher die Täuschung erkennen und daraufhin allgemein die markenlose Ausführung kaufen. Ein Festhalten an der vP ist diesen gebundenen Händlern dann nicht weiterhin zumutbar. Sie werden die markierte Ware zum hohen Festpreis einfach nicht mehr los. Man muß daher trotz der gleichmäßigen Ein- und Durchführung der vP bei der markierten Ausführung eine Lückenhaftigkeit des Preisbindungssystems annehmen. Auf die Tatsache, daß innerhalb der vP keine Unterschiede bestehen, kann es hier für die Frage der Lückenlosigkeit nicht ankommen. Entscheidend ist vielmehr, daß die gebundenen Händler wegen der vom Hersteller für seine gesamte Produktion geschaffenen ungleichen Wettbewerbslage auf der Händlerstufe nicht weiter an der vP festgehalten werden dürfen.

Auch die gleichmäßig durchgeführte vP beim zweispurigen Verkauf von Waren auf getrennten Absatzwegen wird also lückenhaft, sobald die Verbraucher die Verkaufspraktiken des Herstellers durchschauen.

Dies Ergebnis macht die weitere Frage aktuell, ob eine derartige lückenhafte vP eine mißbräuchliche Handhabung darstellt und nach

nach § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB beanstandet werden kann.

Die Beantwortung dieser Frage richtet sich danach, ob die vP in ihrer konkreten Ausgestaltung zum Schutz des Markenwerts beitragen kann. Nur wenn die vP objektiv der Erhaltung des Markenwerts dient, ist sie nach dem Sinn und Zweck des § 16 GWB gerechtfertigt. Der Preisbinder darf die Einrichtung der vP nicht in Anspruch nehmen, wenn sie den Wert seiner Marke gefährdet. Insoweit ist ihm die Verletzung seiner Interessen nicht freigestellt. Denn die vP soll dem Markeninhaber durch die gesetzliche Zulassung in § 16 GWB nicht zur Erreichung beliebiger Ziele im Konkurrenzkampf zur Verfügung stehen. Er darf sie nur zum Schutz seiner Marke einsetzen. Wenn der Hersteller die vP auch nach Aufklärung der Verbraucher über das zweispurige Vertriebssystem weiterhin aufrechterhält, so will er damit noch ahnungslose Kunden zum Kauf der teuren Markenausführung verleiten. Die so verkaufte Produktionsmenge trägt zwar zur Erhöhung der Gesamtabsatzziffer des herstellenden Unternehmens bei, solange die Nachfrage nach der billigen Ausführung gedeckt ist. Aus diesem geringen Vorteil darf jedoch nicht geschlossen werden, daß die Beibehaltung der vP zur Sicherung des Markenwerts notwendig sei und daher gebilligt werden müsse. Die vP ist in dieser Situation nicht erforderlich, um die Marke lebendig zu erhalten. Zwar wird beim zweispurigen Verkauf die billige Ausführung ohne Marke vertrieben, und lediglich der preisgebundene Produktionsteil trägt die Markierung. Jedoch wird der Hersteller auch nach Aufhebung der vP nicht gehindert, die Markierung beizubehalten oder sogar auf die gesamte Produktion auszudehnen. Auch kann die vP auf dem Preisniveau der billigen Ausführung neu eingeführt werden, um die Marke in der Wirtschaft und im Bewußtsein der Verbraucher am Leben zu erhalten.

Der Wert einer Marke hängt auch wesentlich von der Bereitwilligkeit der Händler und Verbraucher ab, den Markenartikel zu vertreiben bzw. zu kaufen. Ob eine vP in ihrer konkreten Ausgestaltung objektiv zur Erhaltung des Markenwerts beitragen kann, entscheidet sich in hohem Maße danach, ob Händler und Verbraucher mit dieser vP einverstanden sind. Nun bringt der fortgesetzte zweispurige Vertrieb für die Marke entscheidende Nachteile in der Wertschätzung der Verbraucher. Die Kunden, welche ahnungslos die teure Ausführung der Ware gekauft haben, werden über die Täu-

schung verärgert sein. Die Käufer der billigen markenlosen Ausführung bringen der Marke erst recht keine Achtung mehr entgegen, sobald die zweispurige Vertriebsform erkannt ist. Die weiter eingehaltenen hohen Markenpreise rufen den Unwillen der gesamten aufgeklärten Verbraucherschaft hervor, wie auch allgemein die Form des zweigleisigen Absatzes verurteilt wird. Unterschiedliche Preise und besondere Vertriebsform tragen also dazu bei, daß die betreffende Marke in Mißkredit gerät und bald vom gesamten Publikum abgelehnt wird. Ohne seriösen Ruf kann sich eine Marke am Markt nicht behaupten.

Daneben stößt der Hersteller mit seinem Festhalten an der vP auch den gebundenen Händlern vor den Kopf. Die vP ist nicht geeignet, den Wettbewerbsdruck auf der Händlerstufe zu beseitigen. Im Gegenteil, die gebundenen Händler geraten in Absatzschwierigkeiten, statt durch vP davor gesichert zu werden. Die Einhaltung der lückenhaften vP ist diesen Händlern nicht mehr zuzumuten; sie können sich von der vertraglichen Bindung befreien. Da der Hersteller aber nicht freiwillig die vP aufhebt, bedarf es dazu rechtlicher Schritte, die vielen Händlern unangenehm sein werden und so häufig unterbleiben. Die verärgerten Händler werden auch in Zukunft gegenüber der Marke des Herstellers einen Groll hegen. Das kann dazu führen, daß sie den weiteren Vertrieb des Markenartikels ablehnen, selbst wenn der zweispurige Absatz später aufgegeben und durch Herabsetzung der Markenpreise der Normalfall einer zulässigen vP wieder hergestellt wird.

Bei Verbrauchern und Händlerabnehmern macht der Hersteller also seine Marke unbeliebt, wenn er an der lückenhaften vP beim zweispurigen Vertrieb festhält. Die vP trägt somit dazu bei, den Ruf des preisgebundenen Markenartikels zu vernichten, anstatt den Wert der Marke zu sichern. Eine solche vP ist nach § 16 GWB nicht gerechtfertigt.

Daneben führt in diesem Fall der unterschiedliche Preis für die vom Verbraucher als identisch erkannten Ausführungen dazu, daß die vP ihre vom Gesetzgeber vorgesehene Aufgabe, die Marktstellung des Markenartikels schlechthin und des gesamten Markenartikelwesens zu erhalten, nicht erfüllen kann.³¹⁵⁾ Die vP wird in dieser lückenhaften Durchführung dem Zweck des § 16 GWB also nicht gerecht, sondern steht ihm weitgehend entgegen. Daher muß auch die lückenhafte vP beim zweispurigen Verkauf von Waren als mißbräuchlich gehandhabt angesehen werden. Sie kann nach § 17 Abs. I, Ziff., 2 GWB für materiell unwirksam erklärt werden.

IV. Ergebnis

Ein Preisbindungssystem ist lückenhaft, wenn zwischen den am Vertrieb des preisgebundenen Artikels beteiligten Händlern eine ungleiche Wettbewerbslage entsteht und deshalb den vertragstreuen gebundenen Händlern eine Festhalten an der vP nicht mehr zugemutet werden kann.

Die Lückenlosigkeit ist keine Zulässigkeitsvoraussetzung der vP nach § 16 GWB. Eine kartellrechtliche Bedeutung kann die Lückenhaftigkeit aber im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht nach § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB erlangen; Die zivilrechtlichen Bestimmungen über die Behandlung einer lückenhaften vP stehen dieser kartellrechtlichen Bewertung nicht entgegen und machen sie nicht überflüssig.

Eine bewußt lückenhaft eingeführte vP dient nicht der Erhaltung des Markenwerts, sondern gefährdet im Gegenteil die Marktposition des gebundenen Markenartikels. Damit widerspricht sie dem Zweck des § 16 GWB und wird mißbräuchlich gehandhabt. Eine Beanstandung nach § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB ist somit möglich.

Das gleiche gilt für eine im Verlauf ihrer Durchführung durch bewußtes Verhalten des Preisbinders lückenhaft gewordene vP.

Ob in diesen Fällen die vP auch nach § 17 Abs. I, Ziff. 3 GWB für unwirksam erklärt werden kann, ist ohne genaueres Eingehen auf den konkreten Einzelfall nicht zu entscheiden.

Sobald beim zweispurigen Verkauf einer Ware auf getrennten Absatzwegen die Verbraucherschaft das Vertriebssystem durchschaut und daraufhin die markenlose Ausführung bevorzugt, wird die vP bei dem markierten Produktionsanteil lückenhaft. Sie trägt dazu bei, den Markenartikel in Verruf zu bringen, statt nach dem Zweck des § 16 GWB den Wert der Marke zu sichern. Daher wird auch diese vP mißbräuchlich gehandhabt. Sie kann vom Bundeskartellamt nach § 17 Abs. I, Ziff. 2 GWB beanstandet werden, wenn der Preisbinder einer Aufforderung zur Aufhebung der vP gemäß § 17 Abs. II nicht nachkommt.

315) Dazu ausführlich oben S. 164 ff.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 1. Oktober 1935 als zweiter Sohn des Bürgermeisters Rudolf Kosiek und seiner Ehefrau Paula, geb. Brünger, in Herford geboren; ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. In Paderborn, wohin mein Vater 1939 als Erster Bürgermeister berufen worden war, wurde ich im Herbst 1942 eingeschult. Nach meiner Evakuierung nach Hellberg/Nordlippe besuchte ich von Herbst 1944 bis Ostern 1947 die Dorfschule in Asendorf und anschließend bis Ostern 1949 die Zubringerschule Hohenhausen, angeschlossen der Oberschule Lemgo. Meine Eltern hatten nach der Zerstörung des Hauses in Paderborn bei der Großmutter in Herford Aufnahme gefunden. Dort hin kehrte ich Ostern 1949 zurück und besuchte das Ravensberger Gymnasium bis zur Reifeprüfung Ostern 1956.

Im Sommersemester 1956 begann ich mein Studium an der Georg-August-Universität in Göttingen, das ich nach drei Semestern an der Albrecht-Ludwigs-Universität in Freiburg fortsetzte. Seit dem Sommersemester 1958 studierte ich an der Westfälischen-Wilhelms-Universität in Münster. Am 7. Mai 1960 legte ich vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht in Hamm das Referendarexamen ab.

Seit dem 1. Januar 1961 bin ich als wissenschaftliche Hilfskraft im Rechtswissenschaftlichen Seminar der Universität in Münster angestellt.

Den juristischen Vorbereitungsdienst habe ich am 1. März 1962 im Bezirk des OLG Hamm begonnen.

